DIE NEUERE RECHTSPRECHUNG ZUR BESCHWER ALS RECHTSMITTELVORAUSSETZUNG IM ZIVILPROZESS

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Jochen Warttinger
aus Bremen

1969

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543901_0061

DIE NEUERE RECHTSPRECHUNG ZUR BESCHWER ALS RECHTSMITTELVORAUSSETZUNG IM ZIVILPROZESS

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Jochen Warttinger
aus Bremen

1969

Druckerei Werner Blasaditsch in Augsburg

Dekan: Professor Dr. Otto Bachof

1. Berichterstatter: Professor Dr. Fritz Baur

2. Berichterstatter: Privatdozent Dr. Dietrich Rothoeft

Tag der mündlichen Prüfung: 30. Mai 1969

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Gedruckt mit Unterstützung des
Kultusministeriums Baden - Württemberg

Inhalt

Einleitung	Seite	1
Der Begriff der Beschwer		4
Die Beschwer im Falle der Erledigung der Hauptsache		41
Der maßgebliche Zeitpunkt		74
Die Beschwer in Ehescheidungssachen		82
Die Beschwer bei unbeziffertem Klageantrag		106
Beschwer durch die Urteilsgründe		117
Die Beschwer der am Rechtsstreit beteiligten Dritten		134
Literatur		147

Einleitung

Das Erfordernis einer "Beschwer" als Voraussetzung für ein Rechtsmittel war nach Inkrafttreten der ZPO zunächst lebhaft umstritten.[1] Das RG betonte dann jedoch von Anfang an, daß jedes Rechtsmittel eine Beschwer voraussetze. Dieser Satz gilt nach fester Rechtsprechung und auch nach einhelliger Meinung im Schrifttum bis heute, wenn man einmal von gewissen Ausnahmen absieht, die die Rechtsprechung schon seit langem in Ehescheidungsprozessen macht. So gab diese Rechtsmittelvoraussetzung über Jahrzehnte hindurch lediglich Anlaß zu alltäglichen Fragen der Abgrenzung und Wertung und schien keinen Anreiz zu bieten, grundsätzlichere Erörterungen über ihre Berechtigung und nähere Ausgestaltung anzustellen.

Erst anläßlich zweier Entscheidungen des BGH[2] entspann sich eine Auseinandersetzung darüber, wie der Begriff der Beschwer überhaupt aufzufassen sei. Einerseits forderte man, daß beim Kläger und beim Beklagten des vorinstanzlichen Verfahrens gleichermaßen darauf abgestellt werden solle, ob das Urteil ihnen etwas versagte, was sie beantragt hatten.[3] Andererseits verteidigte man die vielfach in der Rechtsprechung vertretene Auffassung, wonach dies nur für den Kläger gelten solle, während es für den Beklagten nur darauf ankommen solle, ob er verurteilt worden sei.[4]

Verschiedentlich wies man etwa auch darauf hin, daß sich eine erhebliche Benachteiligung für eine Partei auch dann ergeben könne, wenn dies nicht im Urteilstenor zum Ausdruck komme, so daß für die Beschwer auch die Urteilsgründe von Bedeutung seien.[5]

1) Vgl. hierzu die eingehendere Darstellung bei Baur, Festschrift für Lent S. 1 ff. mit weiteren Nachweisen.
2) JZ 53, 276; JZ 55, 423.
3) So Lent in Anm. zu den Entscheidungen a.a.O.; Baur, Festschrift für Lent S. 1 ff.
4) So Ascher MDR 53, 584; Nicolini NJW 55, 615.
5) Nicolini NJW 55, 615 ff.; Grunsky ZZP 76, 165 ff.; Wittmann NJW 67, 2387 ff.

Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung war schließlich Gegenstand eines Referates[6] auf der Zivilprozeßrechtslehrertagung im März 1968 in Tübingen. Brox stellte die These auf, eine Beschwer solle nur dann vorliegen, wenn die Entscheidung die materielle oder prozessuale Rechtsstellung des Rechtsmittelführers dadurch beeinträchtige, daß seine Rechtsposition geschmälert, sein Pflichtenkreis erweitert oder ihm ein bestimmtes Vorbringen wegen der Bindungswirkung in dem anhängigen oder in einem späteren Verfahren abgeschnitten werde, wobei es nicht auf die Anträge ankommen solle (die jedoch für die Beurteilung des Rechtsschutzbedürfnisses von Bedeutung sein könnten), die der Rechtsmittelführer in der Vorinstanz gestellt habe. Diese These fand in der Diskussion lebhaften Widerspruch, der sich vor allem gegen die Nichtbeachtung der Anträge aus der Vorinstanz richtete.

Die größte Schwierigkeit besteht demnach darin, möglichst allgemeingültige, sichere Kriterien zu finden, um eine Beschwer feststellen zu können. Die Auswahl solcher Kriterien hängt nicht nur davon ab, ob sie sich tatsächlich als solche eignen (z.B. die Anträge der Parteien: was ist, wenn der verurteilte Beklagte beantragt hatte, "zu erkennen , was rechtens" sei?), sondern davon, inwieweit man geneigt ist, ein Rechtsmittel im Interesse der Parteien zuzulassen oder es den Parteien im Interesse einer geringeren Belastung der Instanzgerichte, d.h. letztlich im Interesse der Allgemeinheit, zu verweigern (kommt es auf das Verhalten der Parteien in der Vorinstanz an [Anträge, Anerkenntnis] oder nur auf die Beeinträchtigung der Parteien durch das Urteil ?).[7]

Das Ziel dieser Arbeit ist jedoch nicht in erster Linie, hierzu neue Vorschläge zu erarbeiten. Vielmehr soll-en in einer Art Bestandsaufnahme die von der Rechtsprechung, insbesondere von der neueren Rechtsprechung entwickelten An-

6) Gehalten von Brox
7) Vgl. dazu Baur, Festschrift für Lent S. 6 ff.

sichten zu dem Begriff der Beschwer herausgearbeitet werden. Die Arbeit kann demnach höchstens einiges "Anschauungsmaterial" dafür bieten, welche Vor- und Nachteile bestimmte Auffassungen des Begriffes Beschwer mit sich bringen.

Im ersten Abschnitt sollen zunächst die verschiedenen zutagegetretenen Auffassungen vom Begriff der Beschwer vorgestellt, in weiteren Abschnitten dann jeweils Entscheidungen zu einzelnen Problemkreisen nebeneinandergestellt werden, wobei gelegentlich eine bereits anfangs besprochene Entscheidung noch einmal aufgegriffen wird.

Der Begriff der Beschwer

Zweckmäßigerweise setzt die Untersuchung der Rechtsprechung an der Stelle ein, wo der Streit um die Beschwer begann, nämlich bei der Frage, ob die Beschwer für den Kläger und den Beklagten nach demselben Maßstab zu beurteilen sei. Hier hat das RG schon sehr früh den Grund gelegt für die Ansicht, daß sich zwar beim Kläger der ersten Instanz die Beschwer nach dessen Antrag richtet, nicht aber beim Beklagten.

In der Entscheidung RG 13, 390 (mit weiteren Hinweisen auf Lit. und Rspr.) wirdausgeführt, ein Rechtsmittel sei nur zulässig, wenn "das Urteil erster Instanz dem Berufungskläger mindestens formell Grund zu einer Beschwerde " biete, "indem es über irgendeinen von ihm geltend gemachten Haupt- oder Nebenanspruch zu seinem Nachteil" entscheide. Von einer nachteiligen Entscheidung könne nicht die Rede sein, wenn in erster Instanz überall den Anträgen des Berufungsklägers gemäß erkannt sei. Ein Anlaß zur Einlegung der Berufung müsse sich aus einem Vergleich der Formel des erstinstanzlichen Urteils mit den in erster Instanz vom Berufungskläger gestellten Anträgen ergeben. Es muß betont werden, daß in diesem Falle der Kläger der ersten Instanz die Berufung eingelegt hatte. Der letztere Grundsatz über die Art und Weise, wie eine dem Berufungskläger nachteilige Entscheidung festzustellen sei, war also nur für den Kläger erster Instanz gemünzt.

Etwas später stellte das RG (Gruch.37, 1231) dann auch ausdrücklich fest, daß dieser Grundsatz für den Beklagten der ersten Instanz nicht gelte. Wenn der Beklagte erster Instanz nach dem Klagantrag verurteilt sei, dann sei er auch durch das erste Erkenntnis beschwert und deshalb zur Berufung berechtigt. Der Beklagte hatte in diesem Fall den Klaganspruch sogar anerkannt. Dieser Tatsache maß das RG aber für die Zulässigkeit des Rechtsmittels keine Bedeutung bei. Es sei zwar - wenigstens nach der Auffassung des

Berufungsrichters - nach seinem (des Beklagten) Antrage erkannt, doch sei er darum nicht der obsiegende Teil. Dieser Antrag habe nicht bezweckt, daß ihm etwas zu- oder dem Kläger etwas abgesprochen werde, sondern habe lediglich die Unterwerfung des Beklagten unter den Klageantrag zum Ausdruck gebracht. Es handle sich dabei um ein Anerkenntnis im Sinne des § 278 ZPO und es sei anerkannten Rechts, daß gegen Urteile, die aufgrund Anerkenntnisses ergingen, Berufung zulässig sei[1]. Welche Bedeutung dem Anerkenntnis bei materieller Prüfung beizulegen sei, das stehe bei der Entscheidung über die Zulässigkeit nicht in Frage.

Im übrigen bestätigte diese Entscheidung die Grundsätze, die in der Entscheidung RG 13, 390 aufgestellt worden waren. Ein Rechtsmittel, so heißt es, stehe nur derjenigen Partei zu, die durch ein Urteil beschwert sei. Beschwert sei sie insoweit, als zu ihrem Nachteil entschieden sei. Ein Rechtsmittel stehe also der materiell unterlegenen Partei zu, sei es der ganz oder teilweise abgewiesene Kläger, sei es der ganz oder teilweise verurteilte Beklagte.

Die erste dieser beiden Entscheidungen kennzeichnet den Ausgangspunkt für die Entwicklung des Begriffes Beschwer und dieser Ausgangspunkt könnte nicht klarer sein: Das Rechtsmittel ist dann zulässig, wenn das Urteil der vorhergehenden Instanz von dem Klagantrag zu Ungunsten des Klägers abweicht. Diese Abweichung des Urteils vom Klagantrag stellt eine denkbar einfache und schnell festzustellende Zulässigkeitsvoraussetzung dar. Dieser Grundsatz der "formellen Beschwer", wie

1) So auch später RG JW 1897, 631 Nr. 9 und ähnlich RG JW 1914, 693:"...Zwar haben sich die Beklagten in erster Instanz dem Antrag des Klägers insofern unterworfen, als sie beantragt haben, dem Klagantrage mit einer Maßgabe unter Abweisung im übrigen stattzugeben und ist gemäß ihrem Antrag ihre Verurteilung ausgesprochen worden. Aber sie sind doch deswegen, weil sie verurteilt worden sind, durch das erstinstanzliche Urteil beschwert."

man ihn bezeichnen könnte, wurde aber in dieser Entscheidung nur für den Kläger der ersten Instanz aufgestellt. In der zweiten Entscheidung stellt dann auch das RG für die Zulässigkeit des Rechtsmittels des Beklagten nicht auf dessen Anträge oder allgemeiner gesagt, auf dessen Verhalten gegenüber dem Begehren des Klägers während des Verfahrens erster Instanz ab, sondern nur darauf, ob er verurteilt sei[2]. Damit ist eine weitere Tendenz der künftigen Rechtsprechung zur Beschwer gekennzeichnet, die darin besteht, daß man für die Beschwer beim Beklagten der ersten Instanz nur danach fragt, ob dieser durch das anzufechtende Urteil in irgendeiner Weise benachteiligt ist und nicht wie beim Kläger auf seine Anträge abstellt. Hier könnte man vom Grundsatz der "materiellen Beschwer" sprechen.

In Übereinstimmung mit der als Ausgangspunkt bezeichneten älteren Rechtsprechung des RG formuliert der BGH seine Ansicht zu dieser Frage in zwei Entscheidungen in Ehescheidungssachen in denkbar klarer Form[3]. Da die spätere der beiden Entscheidungen das Ergebnis der früheren in dem hier vorerst interessierenden Punkte[4] wiederholt und noch verdeutlicht, sei hier jetzt nur die zweite zitiert.

In dem Fall hatte die Klägerin Scheidung nach § 43 Ehegesetz begehrt. Der Beklagte hatte seine Widerklage auf § 44, hilfsweise auf § 43 Eheg. gestützt, er hatte jedoch keine Klagabweisung beantragt. Das LG schied die Ehe auf Klage und Widerklage und erklärte die Parteien für gleichschuldig. Der Beklagte begehrte mit seiner Berufung Scheidung auf Widerklage und wollte die Klägerin für überwiegend schuldig erklärt haben. Das OLG hatte die Berufung mangels Beschwer verworfen, weil der Beklagte auf Schuldvorwürfe und damit auf die überwiegende Schuldigerklärung verzichtet habe. Der BGH erklärte die Berufung für zulässig. Eine Be-

2) Vgl. die ausführliche Darstellung der Rspr. und Lit. zur verschiedenen Behandlung von Kläger und Beklagtem bei Baur, Festschrift für Lent, S. 3 f.

3) BGH JZ 53,276 (IV. Sen.); BGH JZ 55,423 (IV. Sen.) je mit Anm. Lent; Vgl. dazu Baur, Festschr. für Lent, S. 1 ff.; Habscheid, FamRZ 60, 310 (318); vgl. auch BGH LM § 263 ZPO Nr. 5 (VIII. Sen.):Der Bekl. ist durch ein Anerk.-Urteil beschwert.

schwer sei als Voraussetzung für ein Rechtsmittel immer erforderlich. Wenn den Anträgen des Klägers entsprochen werde, dann sei er nicht beschwert. Er könne auch kein Rechtsmittel einlegen, nur um seine Anträge zu erweitern. Dasselbe gelte für die Widerklage des Beklagten.

Der BGH geht also, was den Kläger und Widerkläger angeht, davon aus, daß eine formelle Divergenz zwischen Antrag und Urteil vorhanden sein muß.

Für die Beschwer des nach Klagantrag verurteilten Beklagten, so führt der BGH dann aus, sei lediglich darauf abzustellen, ob die ergangene Entscheidung ihrem Inhalt nach dem Beklagten nachteilig sei, d.h. ob für ihn die Möglichkeit bestehe, im höheren Rechtszug eine abweichende Entscheidung zu seinen Gunsten zu erlangen. Seine zur Sache gestellten Anträge seien unerheblich, weil in dem Urteil oder Beschluß nicht über sie entschieden werde, sondern über die Klaganträge. Gegenstand der Entscheidung sei die Prozeßbitte des Klägers. Der Beklagte unterliege, auch wenn er keinen Antrag stelle, eben deshalb, weil sein Interesse verletzt werde. Der Beklagte sei hier beschwert, weil die Ehe nicht nur auf Widerklage, sondern auch auf Klage der Ehefrau geschieden worden sei. Bei einer Widerklage oder bei einem Mitschuldantrag des Beklagten müsse von Amts wegen die überwiegende Schuld geprüft werden. Daraus ergebe sich, daß bei Scheidung aus beiderseitigem Verschulden jeder Ehegatte beschwert sei, wenn nicht der andere für überwiegend schuldig erklärt sei, auch wenn sonst nach seinen Anträgen erkannt werde.

Angesichts dieses Urteils sollte man meinen, der BGH vertrete jeweils in ausgeprägtester Form für den Kläger den Grundsatz der formellen und für den Beklagten den Grundsatz der materiellen Beschwer, d.h. für den Kläger hinge nach Meinung des BGH die Zulässigkeit eines Rechtsmittels davon ab,

4) Vgl. aber den besonderen Abschnitt über die Ausnahmen von der Beschwer in Ehescheidungssachen.

ob eine Divergenz zwischen Antrag und Urteil vorliegt und sonst von nichts anderem,während es für den Beklagten nur darauf ankäme, ob die erstrebte Änderung des Urteils dem Beklagten eine günstigere Rechtsstellung verschafft, ob also das ergangene Urteil zu Ungunsten des Rechtsmittelklägers von dem jetzt mit dem Rechtsmittel angestrebten und in der neuen Instanz beantragten Urteil abweicht, nicht aber auf die Anträge oder allgemeiner gesagt, auf das Verhalten des Beklagten in erster Instanz.[5)]

Dieser verschiedenen Behandlung des Klägers und des Beklagten liegt die hier vom BGH und auch sonst vielfach vertretene Ansicht[6)] zugrunde, bei dem Klagantrag handle es sich um einen Sachantrag,während der Klagabweisungsantrag nur ein Prozeßantrag sei. Der Kläger bestimme mit seinem Antrag das Streitprogramm (Habscheid). Es werde nur über den Antrag des Klägers entschieden, das Urteil erkenne nur über die "Rechtsbehauptung" des Klägers und nicht über die des Beklagten. Ein Antrag des Beklagten sei deshalb an sich überflüssig; der Beklagte könne ja etwa auch beantragen, das Gericht möge entscheiden "wie Rechtens".[7)] Wende man den Grundsatz der formellen Beschwer dann auch auf den Beklagten an, so liege eine formelle Beschwer vor, wenn objektiv unrichtig entschieden sei. Die Rechtsmittelinstanz müsse also erst die Nachprüfung zur Sache vornehmen, um über die Zulässigkeit entscheiden zu können. Da das nicht richtig sein könne, sei das einzig sichere Kriterium die materielle Beschwer des Beklagten, also die Frage, ob er durch das Urteil in seinen Rechten beeinträchtigt sei. Das sei immer dann der Fall, wenn er verurteilt sei[8)]. Der Beklagte sei also insoweit beschwert, als der Kläger mit seinen Anträgen

5) Vgl. Anm. Lent zu BGH JZ 53, 276. Die Formel erweckt im übrigen den Eindruck, als solle der Beklagte mit dem Rechtsmittel alles mögliche fordern dürfen, was er in erster Instanz noch gar nicht begehrt hatte. In Wirklichkeit liegt hier ein Sonderfall vor. Vgl. dazu den Abschn. über Ehescheidungssachen.

6) Habscheid, NJW 64, 234 f.; Ascher, MDR 53, 584 f.;Nicolini, NJW 55, 615 ff.; Stein-Jonas § 511 Anm.II A 1, § 297 Anm.II2 Baumbach-Lauterbach, Anm. 3A vor § 511; Blomeyer Lb.S.514 ff

7) So im Falle BGH ZZP 74, 362 mit Anm.Habscheid.

8) So Habscheid a.a.O.

durchgedrungen sei, während der Kläger beschwert sei, insoweit er mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen sei. Für den Beklagten komme es dabei auch nicht darauf an, ob er zu erkennen gegeben habe (etwa durch Anerkenntnis), er werde mit seinem Willen oder zumindest nicht gegen seinen Willen verurteilt.[9)]

Die Gegenmeinung[10)] plädiert für eine Gleichstellung von Kläger und Beklagtem, wobei jeweils die Divergenz zwischen Antrag und Urteil maßgebend sein soll und begründet diese Ansicht im wesentlichen damit, daß jeder Partei der Zugang zu einer neuen Instanz nur gestattet sein solle, wenn sie in der Vorinstanz das ursprünglich Angestrebte nicht erreicht gehabt habe. Deshalb müßten die Anträge, mindestens auch ein Anerkenntnis des Beklagten berücksichtigt werden.[11)] Brox (vgl. Einleitung) will neuerdings ebenfalls beide Parteien gleich behandeln, aber nicht auf die Anträge, sondern nur darauf abstellen, ob sie in irgendeiner Weise durch die Entscheidung benachteiligt werden.

Obwohl der BGH ausdrücklich die Ansicht vertritt, daß die Anträge des Klägers und des Beklagten verschieden zu bewerten seien und auch in den zuletzt zitierten Entscheidungen die Konsequenz daraus für die Beschwer zu ziehen scheint, sollte man die Bedeutung dieser Urteile vorsichtig einschätzen. Es handelt sich nämlich um Ehescheidungsprozesse, bei denen die Rechtsprechung in einer Reihe von Fällen seit jeher

Ausnahmen vom Grundsatz der Beschwer macht. Außerdem ist hier der Umstand zu beachten, daß Klage und Widerklage auf dasselbe Ziel gerichtet sind, nämlich die Scheidung. Daraus ergeben sich für das Ergebnis des BGH in diesem Falle gewisse Argumente, wie in dem besonderen Abschnitt über Ehe-

9) So Nicolini a.a.O.
10) Baur, Festschr. für Lent S. 4, Anm. 11 und 12 mit weiteren Hinweisen auf ält. Lit.; Lent JZ 55, 425 in Anm.; Baumgärtel, Anm. zu BAG AP § 91a ZPO Nr. 1; Göppinger, S. 258 f., AcP 156, 473 (477); Bernhardt Lb S. 279; Lent-Jauernig Lb S. 207; Rosenberg Lb S. 660.
11) So Baur, Festschrift für Lent S. 12 f.

scheidungssachen zu zeigen sein wird. Immerhin scheint auf den ersten Blick, was das Kriterium für die Beschwer bei den Parteien anbetrifft, eine einheitliche Richtlinie von der frühen Rechtsprechung des RG bis hin zum BGH vorzuliegen. Dieser Eindruck täuscht jedoch.

Bevor jedoch diese Frage weiterverfolgt wird, muß noch auf eine andere Schwierigkeit hingewiesen werden, die auftaucht, wenn man in der Rechtsprechung nach einer allgemeingültigen Definition des Begriffes Beschwer sucht. Beide Fragen hängen naturgemäß eng zusammen.

Eine Beschwer des Klägers der ersten Instanz (von der Beschwer des Beklagten der ersten Instanz sei jetzt einmal abgesehen) liegt nach der anfangs zitierten Definition des RG (13, 390 /393/) dann vor, wenn das vorinstanzliche Gericht über irgendeinen vom Kläger geltend gemachten Anspruch zu seinem Nachteil entschieden hat. Das ist ohne weiteres einleuchtend: Der Kläger ist beschwert, wenn er nicht zugesprochen bekommen hat, was er begehrt hatte. Andere Entscheidungen zeigen jedoch, daß es mit dieser schlichten Definition offenbar doch nicht getan ist.

Beispielsweise war im Falle RG 45, 412 (vgl. hierzu besonders den Abschnitt über die Fälle der Erledigung der Hauptsache) die Klage auf Kapital und Zinsen in erster Instanz abgewiesen worden. Vor Berufungseinlegung durch den Kläger zahlte der Beklagte aus irgendeinem Grunde trotzdem. Das RG erklärte die Berufung für unzulässig, da z.Zt. der Einlegung des Rechtsmittels weder eine Beschwer noch ein streitiges Rechtsverhältnis bestanden habe. Nach dem Erlöschen des klägerischen Anspruches könne der Beklagte ja nicht mehr verurteilt werden. Die Beschwer habe in der Abweisung der Klage auf Kapital und Zinsen bestanden. Durch die Zahlung sei aber dieser Beschwerdegrund weggefallen.

Das RG sieht also die Beschwer zunächst in der Benachteiligung durch das klagabweisende Urteil und scheint durchaus

dem Grundsatz der formellen Beschwer zufolgen: Der Kläger ist zunächst beschwert, weil seinem Antrag nicht stattgegeben worden ist. Dann richtet es aber offensichtlich sein Augenmerk auf die durch die Zahlung herbeigeführte materielle Rechtsänderung und stellt fest, dadurch sei der "Beschwerdegrund" entfallen.

Dem RG genügt also nicht die Tatsache, daß ein den Kläger benachteiligendes Urteil auch noch weiterhin bestehen bleibt und in Rechtskraft erwächst. Das RG fragt sich vielmehr offensichtlich, ob denn der Kläger nach der Zahlung noch ein Interesse an der weiteren Rechtsverfolgung haben könne und verneint diese Frage. Wenn es nun aber folgert, damit sei also sein Beschwerdegrund weggefallen, was wohl mit dem heute üblichen Ausdruck Beschwer gleichgesetzt werden kann, dann legt es diesem Begriff eine Bedeutung bei, die erheblich über die bloße formelle Beschwer hinausgeht. Die Feststellung, daß keine Beschwer vorliege, kann einmal bedeuten, daß die Partei durch das Urteil alles zugesprochen bekommen hat, was sie beantragt hatte, daß sie also von vornherein durch das Urteil gar nicht benachteiligt wurde. Schließlich kann es aber auch bedeuten, daß zwar ein die Partei benachteiligendes Urteil vorliegt, daß der Partei aber aus sonstigen Gründen eine weitere Rechtsverfolgung, Inanspruchnahme der Gerichte versagt bleiben müsse, weil ihr Interesse daran zu gering sei; z.B. weil sie trotz des abweisenden Urteils tatsächlich, in materiellem Sinne, alles das bekommen habe, was sie begehrt hatte.

Hier wird deutlich, daß das RG nunmehr den noch in der Entscheidung Gruch. 37, 1231 wenigstens für den Kläger propagierten Grundsatz, daß sich die Beschwer danach richte, ob eine Differenz zwischen Antrag und Urteil festzustellen sei, erheblich verändert hat und sich jetzt auch für den Kläger der ersten Instanz an einem Begriff der Beschwer im materiellen Sinne orientiert. Die Prüfung der Beschwer umfaßt nunmehr beim Kläger der ersten Instanz auch die Erwägung, ob abgesehen von der formellen Beschwer nicht noch

andere Umstände vorliegen, die Veranlassung dazu geben könnten, ihm das Rechtsmittel zu versagen.

In einem weiteren Urteil (Gruch. 52, 1113) meint das RG, man könne auch sagen, daß die Klagabweisung den Kläger nicht mehr beschwere, wenn er inzwischen voll befriedigt worden sei. Er werde höchstens geltend machen können, daß die Abweisung der Klage zu der Zeit, wo sie ausgesprochen worden sei, noch nicht gerechtfertigt gewesen sei. Anders - so heißt es weiter - liege die Sache in dem umgekehrten Falle, wo der nach der Klage verurteilte Beklagte Berufung einlege, nachdem inzwischen der Klaganspruch durch Verzicht des Klägers oder in anderer Weise erledigt worden sei, weil dann der Beklagte durch das Bestehenbleiben des ihn verurteilenden und evtl. vollstreckbaren Erkenntnisses immer noch in der Hauptsache beschwert bleibe. Hier wird besonders deutlich, daß man für den Kläger und den Beklagten der ersten Instanz gleichermaßen nicht nur auf die materielle Rechtslage abstellt, sondern auf irgendwelche, seien es auch prozessuale Nachteile.

An diesen beiden relativ frühen Entscheidungen des RG wird deutlich, daß man schon seinerzeit auch für den Kläger der ersten Instanz nicht immer von einem Begriff der formellen Beschwer ausgegangen ist. Die Reihe ähnlicher Entscheidungen läßt sich beliebig bis in die neueste Zeit fortsetzen. Hierzu wird jedoch auf den Abschnitt über die Erledigung der Hauptsache verwiesen.

Andererseits wird aber auch das vom BGH für den Beklagten der ersten Instanz aufgestellte Prinzip der materiellen Beschwer in der Rechtsprechung nicht konsequent eingehalten, wonach ein Rechtsmittel zulässig sein soll, sobald der Beklagte verurteilt ist, ohne Rücksicht darauf, wie er sich in der Vorinstanz zum Klagantrag gestellt hat. Wohl hat der BGH in einer Entscheidung (LM § 263 ZPO Nr. 5, VIII. Sen.) festgestellt, daß ein Beklagter durch das von ihm angefochtene Anerkenntnisurteil auch dann beschwert sei,

wenn er den Klaganspruch tatsächlich anerkannt habe und daß es für die Frage der Beschwer keine Rolle spiele, ob sich der Beklagte dem Antrag des Klägers unterworfen oder ihm widersprochen habe. Man muß dann aber auch folgenden ebenfalls vom BGH (NJW 57, 21, III. Sen.; vgl. dazu die Anm. LM § 75 ALR Nr. 21) entschiedenen Fall heranziehen: Der Beklagte hatte seine Verpflichtung zur Leistung einer Aufopferungsentschädigung wegen eines Impfschadens anerkannt. Der Tenor der Urteile der Vorinstanz war aber so formuliert, daß sich daraus praktisch seine Verpflichtung ergab, alle aus der Impfung entstehenden Schäden in vollem Umfang zu ersetzen. Deshalb hatte der Beklagte Rechtsmittel eingelegt. Die Prüfung der Zulässigkeit nimmt in den Gründen einen relativ breiten Raum ein. Zunächst fällt die Feststellung auf, daß "eine Beschwer in sachlicher Hinsicht" fehlen würde, wenn die Urteile dem Kläger nur das zugesprochen hätten, was der Beklagte anerkannt habe. Dann wird im einzelnen dargelegt, inwieweit die Urteile tatsächlich weiter gegangen waren, als das Anerkenntnis des Beklagten reichte.

Mit dieser Entscheidung wird offenbar die schon sehr früh vom RG vertretene und in der Folgezeit immer wieder auftauchende Ansicht aufgegeben, daß es für die Beschwer des Beklagten nur auf seine Verurteilung ankäme. Hier wird klar und deutlich gesagt, daß eine "Beschwer des Beklagten in sachlicher Hinsicht", nicht vorliegt, wenn der Beklagte den Klaganspruch anerkannt hat. Eine Verurteilung wird in diesem Falle von vornherein gar nicht als ein Nachteil für ihn angesehen, der die Inanspruchnahme eines Rechtsmittels rechtfertigen könnte. Die Beschwer des Beklagten hängt nicht nur von seiner Verurteilung, sondern auch von seinem vorhergehenden prozessualen Verhalten ab. Dieses Anerkenntnis des Beklagten berücksichtigt der BGH nicht etwa erst bei der Frage, ob das Rechtsmittel begründet sei (so RG Gruchot 37, 1231 [1234], s.o.), sondern schon bei der Zulässigkeit. Ähnlich wie beim Kläger nur die Differenz zwischen dem, was er beantragt hatte und dem, was ihm zugesprochen wurde, als Beschwer angesehen wird, so wird nun

beim Beklagten auch nur die Differenz zwischen dem, was er anerkannt hatte und dem, was ihm durch das Urteil auferlegt wurde, als Beschwer betrachtet.

Das BVerwG (AP § 9 Mutterschutzgesetz Nr. 21) hat in einem Falle die Beschwer folgendermaßen begründet: Dem Beklagten könne insbesondere nicht die "Beschwer", das besondere Rechtsschutzinteresse für das Rechtsmittel abgesprochen werden. Der Beklagte habe zwar im Berufungsverfahren obgesiegt. Jedoch sei im Gegensatz zu seinem Antrag (!) die Berufung nicht als sachlich unbegründet, sondern mit der Maßgabe zurückgewiesen worden, daß die Klage unzulässig sei. Hierin sei eine so weitgehende Abweichung von dem Antrag des Beklagten in der Berufungsinstanz zu sehen, daß die Beschwer des Beklagten bejaht werden müsse, weil die Rechtskraft eines solchen Prozeßurteils eine andere sei, als wenn die Klage als unbegründet abgewiesen werde.

Wenn man mit dem Grundsatz der materiellen Beschwer ernst machen wollte, dann bräuchte man in diesem Fall gar nicht auf den Antrag des Beklagten abstellen, sondern nur darauf, daß eine Sachabweisung für den Beklagten vorteilhafter wäre und könnte seine Beschwer unmittelbar daraus ableiten, daß er diese für ihn vorteilhaftere Entscheidung eben nicht bekommen hat.[12] Das BSG schließlich wendet den Grundsatz der formellen Beschwer ausdrücklich auch für den Beklagten der ersten Insatz an (AP § 141 SGG Nr. 1; vgl. das ausführliche Zitat dieser Entscheidung S. 32).

Damit zeigt sich, daß weder für den Kläger noch für den Beklagten der ersten Instanz die vom BGH in den beiden zitierten Urteilen in Ehesachen aufgestellten Grundsätze weder in der älteren noch in der neueren Rechtsprechung konsequent eingehalten werden. Es scheint eher so, als neige man im Grunde dazu, sowohl für den Kläger als auch für den Beklagten die Beschwer nach gleichen Maßstäben zu beurteilen, seien es nun die Anträge der Parteien oder die

12) Im übrigen entspricht die Lösung dieses konkreten Falles durchaus der h. Rspr.; vgl. den Abschn. über die Beschwer durch die Urteilsgründe.

materielle Benachteiligung durch die Urteile.

Schon in diesem Punkte ist die Rechtsprechung uneinheitlich, ja widersprüchlich. Es wurde aber bereits an der Entscheidung RG 45, 412 gezeigt, daß die Entscheidung über die Beschwer offenbar mehr umfassen kann als die bloße Feststellung einer Abweichung des Urteils vom Antrag. Es scheint so, als würde hier auch noch die Prüfung eines Rechtsschutzinteresses mit einbezogen. In der Tat verblüfft es, wieviele Umstände häufig in die Prüfung der Beschwer mit einbezogen werden. Damit wird die Frage nach dem Verhältnis der Beschwer zum Rechtsschutzbedürfnis entscheidend für die Suche nach einer Definition.

Die hier herrschende Unsicherheit[13] kennzeichnet am besten eine Entscheidung des RG (160, 205). In dem Fall hatte der Beklagte mit einer Widerklage eine Geldforderung geltend gemacht und war damit in zweiter Instanz abgewiesen worden. Diese Forderung war dem Beklagten von seinem Streitgehilfen zwar formal abgetreten worden. Der Beklagte sollte aber nur 3 % dieser Forderung selbst behalten dürfen. Im übrigen war die Forderung unter derartigen Verfügungsbeschränkungen abgetreten worden, daß das RG annahm, es liege gar keine richtige Abtretung vor. Bei der Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsmittels des Beklagten stellte das RG zunächst fest, Voraussetzung einer jeden Klage, auch eines jeden Rechtsmittels, sei das Rechtsschutzbedürfnis. In diesem Falle sei das Rechtsschutzbedürfnis aber nur in Höhe von 3 % der Forderung anzunehmen. Drei Seiten später (S. 213) wird dann der Begriff Beschwer eingeführt, als der "Wert der Beschwerung, also" der "Wert dessen, was die angefochtene Entscheidung dem Rechtsmittelkläger versagt." Die Beseitigung dieser Beschwer sei es, die mit dem Rechtsmittel angestrebt werde; für diese Beseitigung müsse nunmehr das erörterte Rechtsschutzbedürfnis bestehen und zwar für eine Beschwer von bestimmtem Ausmaß (Revisionssumme). Die "förmliche Beschwer" betrage in diesem Falle 100 000,- RM.

13) Vgl. hierzu Baur, Festschr. f.Lent, S. 5.

Man könnte den Begriff nicht klarer und genauer als formelle Beschwer definieren, als den Wert dessen, um was das Urteil von dem Antrag des Klägers abweicht, ebenso wie man nicht klarer zwischen der Beschwer und dem Rechtsschutzbedürfnis unterscheiden könnte als es hier geschah.
Kurz danach (S. 314) wird aber ausgeführt: "Soweit nicht anerkannt werden kann, daß das Begehren des Beklagten, die Beschwer zu beseitigen, die in der Aberkennung eines von ihm geltend gemachten Anspruchs liegt, des Rechtsschutzes bedarf und würdig ist, in solchem Umfange liegt eben keine Beschwer vor, für deren Beseitigung ihm das Rechtsmittel der Revision zur Verfügung zu stellen ist. Eine wahre Beschwer im Sinne des Gesetzes ist deshalb nur insoweit zu bejahen als dieses Bedürfnis anerkannt werden kann."
Dieses Bedürfnis hat das RG in diesem Fall nur in Höhe von 3% der Klageforderung anerkennen wollen, also in Höhe von 3000,- RM
Im ersten der beiden zitierten Sätze wird der Begriff in dem Sinne gebraucht, wie er vorher definiert worden war, als Beschwer im formellen Sinne. Im zweiten Satz ist plötzlich die Rede von der "wahren Beschwer im Sinne des Gesetzes". Hier ist das Rechtsschutzbedürfnis bereits mit einbezogen: Eine Beschwer soll nur vorliegen, wenn das Urteil dem Kläger etwas versagt hat, was er beantragt hatte u n d der Kläger für die Beseitigung dieses Nachteils ein ausreichendes Interesse hat. Aber in einem der nächsten Sätze heißt es wieder: "Darüber hinaus fehlt es an einem des Rechtsschutzes würdigen und bedürftigen Interesse des Beklagten, mit dem Rechtsmittel der Revision die Beschwer zu beseitigen, die in der vom Berufungsgericht aberkennung eines fremden Anspruches liegt." Es gibt also trotz Unzulässigkeit eines Rechtsmittels doch eine Beschwer, nämlich die formelle Beschwer im anfangs festgelegten Sinne, die es sich nur nicht zu beseitigen lohnt.
Wenn das RG dann auch feststellt, daß hier "nicht etwa der Wert des Beschwerdegegenstandes" (= formelle Beschwer?) "mit dem Umfang der Rechtsschutzwürdigkeit" (= "wahre Beschwer"?) "verwechselt oder auch nur gleichgestellt" werde, so hat es doch mit der "wahren Beschwer" [13a] die formelle

Beschwer und das Rechtsschutzinteresse in einem Begriff vereint. "Vielmehr", so heißt es weiter, "werden nur der für die Revision wesentliche Begriff der Beschwer, ... und die gesetzlichen Bestimmungen über den Umfang, den eine solche Beschwer erreichen muß, um das Rechtsmittel zulässig zu machen, in Beziehung gesetzt zu dem stets beachtlichen Erfordernis der Rechtsschutzwürdigkeit."
Das RG beruft sich dann auf einige frühere Entscheidungen[14] und stellt fest, diesen und ähnlichen Entscheidungen liege derselbe Rechtsgedanke zugrunde, "nämlich der Grundsatz, daß ein verständiges und schutzwürdiges Interesse des Rechtsmittelklägers an der Beseitigung einer Beschwer" (formelle Beschwer!) "vorhanden sein muß, die in Wahrheit" (formelle Beschwer u n d Rechtsschutzbedürfnis!) "nicht bloß förmlich, die Berufungs- oder Revisionssumme erreicht, und daß dies eine Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsmittels ist." Nach der ersten Satzhälfte sollte man meinen, es sei die formelle Beschwer gemeint. Dann aber müssen aber einem angesichts der Formulierung: "... die in Wahrheit, nicht bloß förmlich, die Berufungs- oder Revisionssumme erreicht",..." Zweifel kommen. Eine formelle Beschwer muß rechnerisch festzustellen sein; sie erreicht entweder eine bestimmte Höhe oder nicht. Die Formulierung wird also nur verständlich, wenn man annimmt, das RG wäge hier die "wahre Beschwer" gegen die formelle Beschwer ab, es lege ein- und demselben Wort abwechselnd verschiedenen Inhalt bei.

Immerhin finden sich in dieser Entscheidung deutliche Ansätze, von einem leicht bestimmbaren Begriff der formellen Beschwer wenigstens auszugehen und ihn von dem Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses zu trennen, wenn das RG dann auch zu dem komplexen Begriff der "wahren Beschwer" gelangt.
Im übrigen ist es eigenartig, warum das RG in dieser Entscheidung soviel Mühe darauf verwendete, die Revision als

13a) Vgl.: OLG Bremen NJW 64, 259; gebraucht denselben Ausdruck im gleichen Sinne. Vgl. zur Begriffsanalyse auch Donau ZZP 67, 16 bezügl. RG 104, 368.
14) RG Seuff.Arch. Band 92 Nr. 91 und Nr. 92; RG 113, 246 (250); RG 139, 221 usw.

unzulässig gerade mangels einer Beschwer abzuweisen. Der eigentliche Grund für die Abweisung war doch offensichtlich die Annahme, die umstrittene Forderung habe zum größten Teil gar nicht dem Beklagten (Widerkläger), sondern seinem Streithelfer zugestanden. In diesem Fall war also die Widerklage an sich wegen fehlender Prozeßführungsbefugnis als unzulässig abzuweisen. Das bedeutete aber noch nicht, daß auch die Revision als unzulässig zu verwerfen war. Wenn das RG die Prüfung dieses Umstandes in die Prüfung der Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung mit einbezogen hat, dann ist hier eine Prozeßvoraussetzung zur Rechtsmittelvoraussetzung "degradiert" worden.[15] Wenn das RG konsequent beim Begriff der formellen Beschwer geblieben wäre, dann hätte es die Revision als zulässig (weil eine formelle Beschwer vorlag), aber unbegründet zurückweisen müssen, weil die Widerklage unzulässig war.

Damit ist eine weitere Eigenheit der Rechtsprechung dargelegt, die insbesondere bei den Entscheidungen in den Fällen der Erledigung der Hauptsache zwischen den Instanzen eine Rolle spielt, wie noch zu zeigen sein wird, und die darin besteht, in mehr oder weniger weitem Umfang Fragen in die Prüfung der Beschwer mit einzubeziehen, die dort eigentlich nicht hingehören.

Der Umstand, daß man sich über das Verhältnis der Beschwer zum Rechtsschutzbedürfnis nicht im klaren ist, führt sogar zu der Tendenz in der Rechtsprechung, den Inhalt dieser beiden Begriffe schlechthin zu identifizieren.
Ein Ansatz dazu macht der BGH z.B. in der Entscheidung NJW 51, 274. Im Anschluß an die Entscheidung des Großen Senats RG 168, 355 befaßt sich der BGH hier mit der Frage, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit eines Rechtsmittels maßgebend ist. Dort heißt es u.a.: "...nichts anderes kann sinngemäß für den Fall gelten, daß der Rechtsmittelkläger seine zunächst vorhandene Beschwer durch eine aus freien

15) Vgl. Blomeyer Lb S. 518: Eigeninteresse des Klägers ist nur eine Voraussetzung des Prozeßführungsrechts. Mangels Prozeßführungsrecht war Klage unzulässig. Abgewiesener Kläger blieb aber in Höhe seines Sachantrages beschwert.

Stücken erfolgte Klaglosstellung des Gegners beseitigt (verurteilter Beklagter bezahlte nach Erlaß des Urteils einen Teil der Klagsumme) "und damit die Verminderung des Beschwerdegegenstandes herbeigeführt hat. Denn die gleichen Erwägungen, die das RG veranlaßt haben, die Revision dann für unzulässig zu halten, wenn der Rechtsmittelkläger trotz gegebener Beschwer seine Anträge aus freien Stücken ermäßigt, müssen für den Fall gelten, daß der Rechtsmittelkläger freiwillig eine Prozeßlage geschaffen hat, die ihn infolge des Fortfalles" (!) "seiner Beschwer zur Einschränkung der Rechtsmittelanträge nötigen mußte." Auch der BGH nimmt hier an, daß die Beschwer wegfällt, wenn etwa der unterlegene Beklagte dem Kläger die geforderte Leistung erbringt. Man muß sich fragen, was in einem solchen Falle eigentlich wirklich entfällt. Wenn man die Beschwer gleichsetzt mit der durch das Urteil vorgegebenen "Benachteiligung" (formelle Beschwer) des Beklagten, dann könnte man doch nur sagen, der Beklagte habe zwar dadurch, daß er den Kläger befriedigte, zu erkennen gegeben, daß er sich mit dieser Benachteiligung abgefunden habe. Man kann aber nicht sagen, sie sei entfallen, solange das Urteil noch besteht. Was allenfalls entfallen könnte, das wäre das Interesse des Beklagten an einer weiteren Gegenwehr, das Rechtsschutzbedürfnis. Wenn der BGH also von der "Beseitigung der Beschwer" spricht, dann muß mit der Beschwer das Rechtsschutzinteresse gemeint sein.

Diese Entscheidung ist typisch für eine ganze Reihe von anderen, in denen teilweise auch ohne ausdrückliche Gleichsetzung von Beschwer und Rechtssehutzinteresse der Begriff Beschwer doch in dem Sinne von Rechtsschutzinteresse verwendet wird.[16]

Das BAG (AP § 91a ZPO Nr. 1) stellte etwa ausdrücklich fest,

16) Vgl. Stein-Jonas Einleitg. II vor § 511 Anm. 1c; vgl. auch die Formulierung des BVerwG. (AP § 9 Mutterschutzges. Nr. 21), den Beklagten könne insbesondere nicht die "Beschwer", das besondere Rechtsschutzinteresse für das Rechtsmittel abgesprochen werden. Ebenso BVerwG VRspr. 10 Nr. 105: "...es ermangele der Behörde an einer Beschwer, also an einem Rechtsschutzbedürfnis..." Vgl.auch Göppinger S. 288 Anm. 5 am Ende; Schönke, Rechtsschutzbedürfnis S. 52.

eine Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Revision sei das Vorliegen des Rechtsschutzbedürfnisses, das von Amts wegen zu prüfen sei. Dieses sei beim Rechtsmittel mit der Beschwer identisch. In dem Fall war dem Beklagten untersagt worden, in bestimmter Weise beruflich bis zum 31.12.54 tätig zu werden. Der Beklagte legte am 23.12. Revision ein. Das BAG führte weiter dazu aus, wenn der Beklagte auch wenige Tage nach Revisionseinlegung in der Bewertung seiner Arbeitskraft frei gewesen sei, so müsse doch das Rechtsschutzbedürfnis für die Einlegung der Revision bejaht werden, da er im Zeitpunkt der Einlegung durch das angefochtene Urteil noch (!) beschwert gewesen sei. Daß das Rechtsschutzbedürfnis nach Revisionseinlegung fortgefallen sei, ändere hieran nichts, denn für die Zulässigkeit des Rechtsmittels sei der Zeitpunkt der Einlegung und nicht der Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsmittel maßgebend.

Wenn man das Rechtsschutzbedürfnis und die Beschwer für identisch erklärt, dann wird doch formal gesehen die kurz darauffolgende Feststellung sinnlos, das R e c h t s s c h u t z b e d ü r f n i s müsse bejaht werden, d a der Beklagte im Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels noch b e s c h w e r t gewesen sei, denn beide Begriffe sollen doch definitionsgemäß einunddenselben Inhalt haben. In Wirklichkeit wollte man doch wohl zum Ausdruck bringen, der Beklagte "verdiene" gerichtlichen Schutz, da er durch das Urteil im Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung deshalb benachteiligt gewesen sei, weil etwa der Kläger zu diesem Zeitpunkt noch aus dem Urteil hätte vollstrecken können.[17] Im übrigen geht die Entscheidung offenbar davon aus, daß ein Urteil, dessen eigentlicher Zweck erfüllt ist, das durch Veränderung der Tatsachen oder der Rechtslage gegenstandslos geworden ist, auch für die unterlegene Partei keinen Nachteil mehr bedeutet, woraus gefolgert wird, daß die Partei kein Rechtsschutzbedürfnis mehr habe oder nicht mehr "beschwert" sei.

17) So wohl auch Baumgärtel in Anm. dazu: Die formelle Beschwer bleibt mit dem Urteil bestehen. Das Rechtsschutzbedürfnis an ihrer Beseitigung kann entfallen.

Wenn der Begriff der Beschwer derart ausgeweitet wird, dann können naturgemäß ganz verschiedenartige Tatbestände der Feststellung zugrundeliegen, der Rechtsmittelkläger sei nicht beschwert bzw. sei beschwert.

Im Falle BGH LM § 511 ZPO Nr.6 (IV. Sen.) etwa war eine Klage durch Berufungsurteil wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses als unzulässig abgewiesen worden. Der Kläger erstrebte daraufhin mit der Revision die Abweisung wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges. In der Begründung des die Revision als unzulässig zurückweisenden Urteils wird zunächst die Beschwer zur Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels erklärt. Ob eine Beschwer vorliege, bestimme sich einmal nach dem Umfang der Wirkungen des angefochtenen Urteils und sodann nach dem mit dem Rechtsmittel verfolgten Ziele (!). Dann wird dargelegt, daß der Rechtsmittelkläger mit der Revision in Wirklichkeit nicht eine andere Entscheidung anstrebe, sondern dieselbe Entscheidung, nämlich eine Abweisung der Klage als unzulässig, nur mit einer anderen Begründung. Da jedoch Urteilsgründe keine Rechtskraftwirkung hätten und der vom Kläger geltend gemachte Anspruch in seinem sachlich-rechtlichen Gehalt von einer rein prozeßrechtlichen Entscheidung nicht berührt werde, fehle es an der Beschwer.

Obwohl also hier das Berufungsgericht die Klage abgewiesen hatte, soll der Kläger nicht beschwert sein, weil er mit dem Rechtsmittel nicht sein ursprüngliches Begehren weiterverfolgen will, sondern sich nur gegen die Begründung der Entscheidung wehrt, die ihm im Gegensatz zu der von ihm vorgeschlagenen Begründung weniger vorteilhaft zu sein scheint. Man kann in diesem Falle bestimmt nicht sagen, der Rechtsmittelkläger sei durch das Berufungsurteil nicht formell beschwert.[18] Schließlich ist seine Klage abgewiesen worden, seinem Klagantrag nicht entsprochen worden. Dennoch übergeht der BGH diesen Umstand und stellt sogleich darauf ab, daß der Kläger sich nicht gegen d i e s e Benachteiligung zur Wehr setzt, sondern nur gegen eine nach seiner Ansicht allein schon in der Begründung liegende. Der BGH

18) Vgl. Baur, Festschr. f.Lent, S. 6 Anm. 19.

untersucht auch, ob die Begründung den Kläger benachteilige, verneint das und folgert dann, daß keine Beschwer vorliege. Die Formel, mit der hier die Zulässigkeit des Rechtsmittels geprüft wird, könnte also so lauten: Wenn der Rechtsmittelkläger sich mit dem Rechtsmittel gegen einen Teil des gesamten Urteils wendet, der ihn nicht oder in nicht nennenswerter Weise benachteiligt, dann ist er auch nicht beschwert. Dem entspricht die vom BGH verwendete Formel, die Beschwer richte sich auch nach dem mit dem Rechtsmittel verfolgten Ziele. Auch in diesem Falle ist demnach das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis Bestandteil der "Beschwer".
Eine weitere Entscheidung des BGH in einem ähnlichen Fall (LM § 511 ZPO Nr. 8, IV. Sen.) zeigt noch deutlicher, daß die Feststellung der Beschwer das Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung sein kann. Hier begehrte der abgewiesene Kläger mit dem Rechtsmittel, die als unbegründet abgewiesene Klage möge als unzulässig abgewiesen werden. In den Gründen wird ausgeführt, zur Beschwer genüge es, wenn die Klage statt als unzulässig als unbegründet abgewiesen sei. Denn die Beschwer des Klägers bestehe in einem solchen Falle darin, daß die Abweisung aus sachlichen Gründen in materielle Rechtskraft erwachse (§ 322 I ZPO), was bei der Abweisung wegen fehlender Prozeßvoraussetzungen wie z.B. wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges nicht der Fall sei. Auch hier war die Frage zu entscheiden, ob eine Partei, die den Prozeß in erster Instanz ganz verloren hat, ein Rechtsmittel einlegen kann, wenn sie damit gar nicht ihr ursprüngliches Prozeßziel in vollem Umfange mehr erreichen, sondern nur ihre durch das Urteil bedingte "schlechte Lage" etwas verbessern will. Die Prüfung vollzieht sich in Wirklichkeit in drei verschiedenen "Stufen", von denen die ersten beiden nur nicht "sichtbar" werden. Wie in der vorher zitierten Entscheidung[19] wird die nächstliegende Frage, ob der Kläger denn formell beschwert sei, zwar sicherlich geprüft, aber mit keinem Wort erwähnt. Eine formelle Beschwer lag auch hier vor, da die Klage abgewiesen worden war.

19) Viele Entscheidungen beginnen in der Begründung mit dieser Feststellung; z.B. schon RG 13, 390; BGH NJW 65, 441; BGH NJW 58, 995.

Auch die weitere Frage, ob der Rechtsmittelkläger mit seinem Rechtsmittel gerade die in dem klagabweisenden Urteil liegende Benachteiligung beseitigen will, erscheint gar nicht. Man hätte ja immerhin erwähnen können, daß der Kläger in diesem Fall nicht die ganze formelle Beschwer, sondern nur gewissermaßen einen Teil davon mit dem Rechtsmittel beseitigen will.[20] Die Prüfung konzentriert sich vielmehr auf die Frage, ob der Nachteil, den er tatsächlich beseitigen will, auch so schwerwiegend ist, ob er seine Lage so erheblich verbessern will, daß man ihm das Rechtsmittel gewähren kann.[21]

Diese letztere Frage wird mit dem Hinweis auf die unterschiedliche Rechtskraftwirkung der Klagabweisung wegen Unbegründetheit und wegen Unzulässigkeit bejaht.

Diese Entscheidungen zeigen, daß man auch für den Kläger der ersten Instanz durchaus nicht nur den zunächst aufgestellten Grundsatz von der formellen Beschwer für maßgebend hält, sondern ganz unabhängig davon recht differenzierte Erwägungen über seine materielle Beschwer anstellt.

Bezeichnend dafür, wie sehr in Wirklichkeit gerade darauf und nicht etwa auf eine formelle Beschwer abgestellt wird, sind auch die beiden folgenden Entscheidungen.
Im Falle BGH LM § 546 ZPO Nr. 21 (VI. Sen.) wird die Revision der Klägerin für unzulässig erklärt, da überhaupt keine "sachliche Beschwerde" gegeben sei, worunter hier die formelle Beschwer zu verstehen ist. Das wird eingehend erläutert und berechnet. Dann wird ausgeführt, hiernach sei die Klägerin durch das Berufungsurteil also nicht beschwert. Sie begehre mit der Revision vielmehr ausschließlich etwas, was noch gar nicht eingeklagt sei. Die Revision verfolge also

20) BSG AP § 141 SGG Nr. 1; in dieser Entscheidung etwa wird klar darauf hingewiesen, daß der Rechtsmittelkläger gar nicht seine eigentliche formelle Beschwer, sondern eine "Nebenbeschwer" beseitigen will.

21) Man fragt sich, wie hier eigentlich festgestellt werden soll, ob die Berufungssumme erreicht ist. Der Wert des Beschwerdegegenstandes kann ja nicht so groß sein wie der ursprüngliche Streitgegenstand, denn der Rechtsmittelkläger gibt ja sein ursprüngliches Prozeßziel auf. Man muß dann praktisch feststellen, welchen Wert es für den Rechtsmittelkläger hat, daß die Klage als unzulässig statt als

einen außerhalb des Prozesses liegenden Zweck. Für eine Prozeßhandlung aber, die ein prozeßfremdes Interesse verfolge, fehle es an dem Rechtsschutzbedürfnis, von dessen Bestehen auch die Zulässigkeit der Revision abhänge.
Wenn man die Beschwer als die durch das Urteil zugefügte Benachteiligung bestimmt und sie in diesem Sinne als Zulässigkeitsvoraussetzung ansieht, dann müßte man nach der Feststellung, daß keine Beschwer vorliege, unmittelbar zu dem Schlusse kommen, also sei das Rechtsmittel unzulässig; dies umsomehr, als der Satz, die Beschwer sei eine unabdingbare Voraussetzung für ein Rechtsmittel, seit eh und je in den Entscheidungen des RG und des BGH stereotyp wiederkehrt. Es fällt immer wieder auf, daß man sich dann aber doch mit solch einfachen Schlußfolgerungen offenbar nicht zufrieden gibt. Hier wird n a c h der Feststellung, die Klägerin sei nicht beschwert, eingehend erläutert, daß sie in Wirklichkeit ein "prozeßfremdes" Interesse verfolge und daher das Rechtsschutzbedürfnis fehle, w e s h a l b das Rechtsmittel unzulässig sei.
Der eigentliche Grund dafür, daß in diesem Falle der Klägerin das Rechtsmittel nicht gewährt wurde, liegt doch darin, daß sie mit dem Rechtsmittel ausschließlich etwas begehrte, was sie in der Vorinstanz noch gar nicht begehrt hatte und damit praktisch die erste Instanz zu umgehen im Begriff war. Man kann aber nicht sagen, daß ihr zur Verfolgung dieses - neuen - Anspruchs das Rechtsschutzinteresse schlechthin gefehlt hätte[22], ihr hatte lediglich das Rechtsschutzinteresse speziell zur Inanspruchnahme der nächsthöheren Instanz gefehlt. Diese letztere Aussage ist aber doch bereits in der Feststellung enthalten, daß eine "sachliche Beschwerde" nicht vorliege (weil der Klägerin alles zuerkannt worden sei, was sie beantragt gehabt hatte). Anders formuliert: Einem formell nicht beschwerten Kläger ist allein schon deshalb ein Rechtsmittel abgeschnitten, weil ihm ein Rechtsschutzinteresse zur Inanspruchnahme der höheren Instanz

Erg. zu [21]: Die Entscheidungen BGH LM § 91a ZPO Nr. 11 und BGH NJW 61, 1466 sprechen jedenfalls für eine solche Feststellung des Beschwerdegegenstandes.

22) Vgl. dazu Baur, Festschr. f.Lent, S. 10.

nur im Umfange einer solchen Beschwer zugebilligt wird. Beschwer ist also gleich spezielles Rechtsschutzbedürfnis. Fehlt die Beschwer, dann bedarf es im Normalfalle keiner weiteren Erörterungen, um die Unzulässigkeit des Rechtsmittels zu begründen.

Die Entscheidung BGH ZZP 74, 2o5 (IV. Sen.) bietet ein typisches Beispiel für die übliche Gedankenführung, bei der eben nicht vorwiegend auf eine formelle Beschwer beim Kläger abgestellt wird. Das LG hatte in diesem Falle eine Ehe auf Klage und Widerklage aus der Schuld beider Parteien geschieden und die überwiegende Schuld des Klägers festgestellt. Der Kläger hatte Berufung, die Beklagte Anschlußberufung eingelegt, je mit dem Antrag, die Widerklage bzw. die Klage abzuweisen. Das OLG hatte die Anschlußberufung für zulässig und begründet erachtet, die Klage abgewiesen und die Ehe auf die Widerklage aus alleinigem Verschulden des Klägers geschieden. Der BGH hielt die Revision des Klägers für zulässig.
Die Beschwer des Klägers, so wird ausgeführt, ergebe sich daraus, daß seine Klage abgewiesen, mithin sein Recht auf Scheidung der Ehe, das ihm das LG zugesprochen gehabt habe, verneint worden sei. Diese Entscheidung habe notwendig zur Folge gehabt, daß ein Schuldausspruch gegen die Beklagte entfallen sei und, da die Scheidung aufgrund der Widerklage aufrecht erhalten worden sei, die Alleinschuld des Klägers an der Scheidung der Ehe festzustellen gewesen sei. Die Beschwer sei nicht deshalb zu verneinen, weil die für den Kläger entstandene Benachteiligung im Ergebnis nur darin bestehe, daß seine alleinige statt seiner überwiegenden Schuld an der Scheidung festgestellt worden sei. Diese Schuldfeststellung sei bedeutsam für den Widerruf von Schenkungen nach § 73 Eheges., die Übertragung der elterlichen Gewalt gemäß § 1671, III S. 2 BGB und die Rechtsverhältnisse gegenüber dritten Personen gemäß §§ 125 II, 132 BBG.
Typischerweise[23)] geht die Entscheidung davon aus, daß die

23) Vgl. RG 13, 390; BGH NJW 58, 995 (V. Sen.); BGH NJW 65, 441 (VIII.Sen.).

Klage abgewiesen und das "Recht" des Klägers auf Scheidung verneint worden sei. Der BGH scheint hier auf die formelle Beschwer abzustellen. Daß sie sich für den BGH eben doch nicht oder wenigstens nicht allein aus diesem formalen Nachteil der Klagabweisung ergibt, das zeigt die folgende Erörterung über die Benachteiligung durch die Feststellung der Alleinschuld gegenüber der Feststellung der überwiegenden Schuld. Letzten Endes scheint sich für den BGH die Beschwer eben doch nur aus dieser Benachteiligung zu ergeben, sonst hätte es ja nicht dieser genauen Aufzählung der möglichen Folgen bedurft[24].

Die folgende Entscheidung (BGH NJW 65, 441 /VIII.Sen./) zeigt noch deutlicher, wie wenig konsequent der Grundsatz der formellen Beschwer beim Kläger eingehalten und dass im Grunde auch hier auf die materielle Beschwer abgestellt wird.

Der Kläger hatte in diesem Fall die Feststellung des Bestehens eines Mietvertrages begehrt. Die Klage war mangels Feststellungsinteresses abgewiesen worden. In zweiter Instanz hatte der Kläger die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und die Zurückverweisung an das LG und hilfsweise Feststellung wie in erster Instanz beantragt. Das erstinstanzliche Urteil wurde antragsgemäß aufgehoben und die Sache an das LG zurückverwiesen. Daraufhin legte der Kläger Revision gegen dieses Berufungsurteil ein und stellte den ursprünglichen Klagantrag. Die Revision wurde für zulässig gehalten.

Die Begründung geht wie üblich von der Feststellung aus, daß für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels eine Beschwer erforderlich sei, und daß eine Partei nur insoweit beschwert sei, als nicht nach ihren Anträgen erkannt sei. Hier liege aber kein Sachurteil, sondern ein Prozeßurteil des Berufungsgerichts vor. In einem solchen Falle seien beide Parteien beschwert, weil ein Revisionsgrund stets gleichmäßig für beide Parteien gelte und, da er in der Verletzung nicht dispositiver Prozeßrechtsnormen bestehe, auch dann zu berücksichtigen sei, wenn der Rechtsmittelkläger den Erlaß der

24) Vgl. auch Anm. Baur zu dieser Entscheidung, der nur auf die formelle Beschwer abstellen will und BGH NJW 64, 2105.

prozeßordnungswidrigen Entscheidung in der Berufungsinstanz selbst beantragt gehabt habe[24a]. Der Antrag auf Aufhebung und Zurückverweisung sei kein Sachantrag, sondern ein reiner Prozeßantrag, dem in Wahrheit nur die Bedeutung einer Anregung an das Berufungsgericht zukomme. Das Rechtsmittelgericht sei durch diesen Antrag nicht gehindert, sachlich zugunsten des Rechtsmittelklägers zu erkennen, wenn es das Rechtsmittel in der Sache selbst für begründet und die Sache zur Endentscheidung im Sinne des Revisionsklägers für reif halte, denn auch dann, wenn der Rechtsmittelkläger nur einen Antrag auf Aufhebung und Zurückverweisung gestellt habe, verfolge er mit dem Rechtsmittel sein sachliches Begehren auf Verurteilung des Gegners oder Abweisung der Klage weiter. Eine Beschwer des Rechtsmittelklägers liege vor, auch wenn der "Hauptantrag" der Klage mit dem Ausspruch in der Berufungsinstanz übereinstimme. Wenn auch die im Zivilprozeß geforderte Beschwer, abgesehen von einigen Ausnahmen, stets eine formelle sei, so dürfe doch hier nicht der Prozeßantrag der Klage mit dem Urteil des Berufungsgerichts verglichen werden, um die Beschwer zu ermitteln. Es sei allein entscheidend, welches Begehren der Kläger im Berufungsrechtszug materiell verfolge und ob das Berufungsgericht diesem Begehren entsprochen habe. Der Kläger habe nur geglaubt, das Berufungsgericht könne die begehrte Sachentscheidung nicht selbst erlassen und habe deshalb diesen Antrag gestellt. Sein wahres Ziel, nämlich die begehrte Feststellung habe er durch das Urteil zweiter Instanz nicht erreicht. Er sei deshalb durch dieses Urteil materiell beschwert.

Wiewohl der BGH erklärtermaßen von der Beschwer als der Divergenz zwischen Antrag und Urteil ausgeht und die von Baur (Festschr.f.Lent S. ff.) aufgestellte These gutheißt, die Be-

24a) Vgl. Wieczorek, § 545 Anm. D IIIa: Bei aufhebenden und zurückverweisenden Erkenntnissen "sollte man beide Parteien als beschwert ansehen; jedenfalls ist es die, welche die endgültige Erledigung des Prozesses beantragt hatte." Stein-Jonas § 545 Anm. IV: Nur die Partei ist beschwert, die einen auf endgültige Erledigung des Prozesses abzielenden Antrag gestellt hatte.

schwer sei stets eine formelle, richtet er sich in diesem Falle eben doch nicht nach der Tatsache, daß Antrag und Urteil hier übereinstimmen. Vielmehr übergeht der BGH den tatsächlich vorhandenen Antrag des Rechtsmittelklägers, indem dieser seinen Willen zum Ausdruck bringt, ein ganz bestimmtes "Nahziel" zu erreichen, greift auf das "eigentliche" Prozeßziel des Rechtsmittelklägers zurück und mißt das Berufungsurteil an diesem "eigentlichen" Begehren.
Es ist kaum möglich, bei der Ermittlung der Beschwer weniger von Formalem, Äußerlichem abzusehen und noch mehr auf die Interessenlage abzustellen, als es hier geschehen ist. Die Methode ist nur noch scheinbar formal, wenn man dem wirklichen Antrag seine Bedeutung abspricht, ihn zum "Prozeßantrag" stempelt, ihn praktisch nur für eine Anregung an das Gericht hält und als Vergleichsgröße das "eigentliche" Begehren des Rechtsmittelklägers heranzieht. Diese Entscheidung wird daher von einer extrem materiellen Auffassung der Beschwer getragen[24b].

Die bisher zitierten Entscheidungen lassen einmal erkennen, daß man sich über das Verhältnis der Beschwer zum Rechtsschutzbedürfnis nicht im klaren ist. Zum andern hält man sich auch für den Kläger der ersten Instanz nicht an den Anfangs vom RG und auch selbst vom BGH hier und da propagierten Grundsatz der formellen Beschwer.[25] Einerseits läßt man in manchen Fällen eine offenkundig vorhandene formelle Beschwer für die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht ausreichen, sondern prüft sorgfältig, in einer Art Interessenabwägung, ob nicht sonstige Umstände vorliegen, die es

24b) Vgl. die Modellfälle Baurs in Anm. zu dieser Entsch. JZ 65, 186f., wo nur über prozessuale Fragen gestritten wird, also nur Prozeßanträge gestellt werden und zu Sachabträgen gar nicht Stellung genommen wird. Trotzdem kann und muß auch in solchen Fällen eine Beschwer möglich sein. Vgl. auch BGH NJW 63, 1353: Kläger erlangt antragsgemäß Scheidung gem. § 48 Eheges. ohne Verschulden. Nach geraumer Zeit beantragt Kl. die Wiederaufnahme des Verfahrens, da er in die Lage versetzt war, Scheidung nach §§ 42, 43 Eheges. wegen Verschuldens zu verlangen. Wiederaufnahme zulässig, da - materiell - beschwert (!). In Wirklichkeit wird hier bei Fehlen einer formellen Beschwer nur auf das Rechtsschutzinteresse abgestellt. Vgl. u. S. 90

25) Vgl.o. BGH NJW 65, 441.

angebracht erscheinen lassen, dem Rechtsmittelkläger das Rechtsmittel zu versagen (ohne diesen Teil der Prüfung etwa ausdrücklich aus der Prüfung der Beschwer schlechthin auszuklammern) und bezeichnet nun das Endergebnis dieser Prüfung mit der pauschalen Feststellung, es liege eine Beschwer vor oder nicht. Andererseits hält man, wie im zuletzt genannten Falle, ein Rechtsmittel unter besonderen Umständen auch dann für zulässig, wenn eine formelle Beschwer eindeutig nicht vorliegt. Auch in diesem Falle sagt man, der Rechtsmittelkläger sei "beschwert". Hier wird gleichzeitig deutlich, wie wenig Bedeutung der vom BGH (JZ 55, 423, IV. Sen.) selbst getroffenen Unterscheidung zwischen der formellen Beschwer für den Kläger der ersten Instanz und der materiellen Beschwer für den Beklagten der ersten Instanz beizumessen ist.
Diese Unsicherheit in der Begriffsbildung ist nun auch in der Rechtsprechung nicht unbemerkt geblieben und man kann hier und da die Tendenz erkennen, beiden Begriffen eine bestimmte Funktion zuzuerkennen und sie in ihrer Bedeutung voneinander abzugrenzen.

Diese Neigung läßt sich schon in einer Entscheidung des BGH selbst erkennen. Der BGH (LM § 21 VAG Nr. 2, II.Sen.) prüft in diesem Falle, ob die Beschwer des abgewiesenen Klägers, der auf Zahlung einer Rente geklagt hatte, durch den Umstand unter die Revisionssumme herabgesunken war, daß das Rentenaufbesserungsgesetz vom 11.6.51 nach Urteilserlaß aber vor Revisionseinlegung in Kraft getreten war und die Beklagte sich alsbald auf den Boden dieses Gesetzes gestellt und den Klaganspruch anerkannt hatte. Der BGH meint, es könne dahingestellt bleiben, ob der vom RG 160, 204 (213; s.o.) vertretenen Auffassung zu folgen sei, daß der Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses auch die Beschwer beseitige und damit die Unzulässigkeit des Rechtsmittels bewirke. In diesem Falle könne auch vom Standpunkt dieser Auffassung aus die Zulässigkeit der Revision nicht in Frage gestellt werden, da der Kläger trotzdem wegen des vorhergehenden Sträubens der Beklagten ein schutzwürdiges Interesse

daran habe, eine Abänderung des Urteils zu erreichen, das durch die Gesetzes änderung in seinem formalen Bestand nicht berührt worden sei.
Einige Formulierungen in diesem Urteil lassen erkennen, daß der BGH zunächst wiederum von dem oben beschriebenen, umfassenden Begriff der Beschwer (Einbeziehung des Rechtsschutzinteresses) ausgeht. Beispielsweise ist davon die Rede, "... daß die Beschwer des Klägers ... unter die Revisionssumme ... herabgesunken sei " (durch das Anerkenntnis der Beklagten !). Schließlich aber wird ausgeführt, daß "... insoweit das schutzwürdige Interesse des Klägers an der weiteren Verfolgung seiner Ansprüche und damit auch an der Beseitigung seiner Beschwer weggefallen" sei. Der BGH berichtet in diesen Sätzen zwar nur über den Rechtsstandpunkt der Beklagten, den er abschließend ablehnt. Aber er scheint sich diese Begriffe doch zu eigen zu machen, da er aus tatsächlichen Gründen anderer Ansicht ist.
Es wird hier zum Schluß klar zwischen Rechtsschutzinteresse und formeller Beschwer getrennt. Der BGH läßt es dann zwar dahingestellt, ob die Auffassung des RG richtig sei, daß der Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses auch die Beschwer beseitige. Aus der weiteren Formulierung möchte man aber darauf schließen, daß er eher einer Trennung der Begriffe zuneigt: Der Beklagte habe hier ein schutzwürdiges Interesse an der Abänderung des Urteils, das durch die Gesetzesänderung in seinem formalen Bestand nicht berührt worden sei.

Auch in dieser Entscheidung wechselt die Bedeutung der Beschwer noch: Einmal entfällt die Beschwer selbst, wenn der Rechtsmittelkläger durch gewisse Umstände an der Verfolgung seiner Ansprüche das Interesse verliert; dann aber ist die Beschwer auch wieder etwas Beständiges, der formal mit dem Urteil der ersten Instanz verbundene Nachteil, den es sich u.U. nur nicht zu beseitigen lohnt, für dessen Beseitigung das Rechtsschutzinteresse fehlt.

In einer späteren Entscheidung geht der BGH dann noch weiter (NJW 58, 995, V.Sen.) Anm. 26). In diesem Fall hatten die Klägerinnen die Hauptsache bereits in erster Instanz für

erledigt erklärt und eine Kostenentscheidung nach § 91a ZPO verlangt. Die Beklagte hatte widersprochen und Klagabweisung beantragt. Das LG hatte die Klage als von vornherein unbegründet abgewiesen. Der BGH hielt die Berufung der Klägerinnen für unzulässig. Der BGH führte in der Begründung u.a. aus, es sei anerkannt, daß beim Kläger eine Beschwer im technischen Sinne (damit ist offensichtlich die formelle Beschwer gemeint) vorliege, wenn ihm nicht das zuerkannt worden sei, was er beantragt gehabt habe. Es spreche vieles dafür (man muß wohl ergänzen: in einem solchen Falle), die Beschwer stets zu bejahen. Die Klagabweisung bedeute für den Kläger in jedem Fall ein Zurückbleiben hinter seinen Anträgen, egal, ob er den Klagantrag voll aufrecht erhalten oder die Hauptsache für erledigt erklärt habe. Liege aber im genannten technischen Sinne eine Beschwer vor, dann sei es im Interesse der dogmatischen Sauberkeit nicht unbedenklich, für die Frage der Beschwer auch darauf abzustellen, ob in materieller Hinsicht zwischen den Parteien noch ein Streit über den Prozeßgegenstand der Hauptsache bestehe; das laufe darauf hinaus, neben den wenigstens auf Seiten des Klägers formal zu bestimmenden Begriff der Beschwer im technischen Sinne noch einen Begriff der Beschwer im materiellen Sinne zu setzen. Dieser Begriff sei bisher in keiner Weise umrissen.
Hier könne man allerdings die Frage der Beschwer dahingestellt sein lassen, denn auch wenn die Beschwer immer zu bejahen sei, könne und müsse man dem allerdings vorhandenen praktischen Bedürfnis nach Differenzierung bei Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses Rechnung tragen.[27] Das Rechtsschutzbedürfnis gelte als allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung auch für Rechtsmittel. Die Beschwer sei zwar ein Ausfluß der Erforderlichkeit des Rechtsschutzbedürfnisses; dieses erschöpfe sich aber nicht in jenem, sondern werde auch durch die materielle Rechts- und Interessenlage beeinflußt. Ob ein Rechtsschutzbedürfnis vorliege, hänge vom Interesse des Rechtsschutzbegehrenden und der Schutzwürdigkeit dieses Interesses ab

26) Das Hauptproblem dieser Entscheidung ist die Frage, ob der Kläger lediglich deshalb ein Rechtsmittel einlegen kann, um eine Erledigungserklärung durch Urteil zu erhalten. Vgl. dazu Göppinger S. 288 Anm. 5 und unten S. 53

27) So auch Baur, Festschr.f.Lent S.14; Habscheid daselbst S.161.

und zwar müsse sich das Interesse im Hinblick auf § 99 I ZPO auf die Entscheidung zur Hauptsache beziehen.
Hier trifft der BGH zwar noch keine Entscheidung über die Beschwer, aber er erklärt doch deutlich, daß er es für eine Notwendigkeit halte, den Begriff Beschwer so klar abzugrenzen und zu vereinheitlichen, daß man wenigstens für das Rechtsmittel des Klägers zunächst einmal ein leicht erkennbares Kriterium für die Zulässigkeit erhält. Das Bestreben geht dahin, daß Vorliegen einer Beschwer oder allgemeiner gesagt, die Zulässigkeit zunächst von leicht und schnell feststellbaren Tatsachen abhängig zu machen, wie z.B. der einfachen Divergenz zwischen Antrag und Urteil. Der BGH anerkennt, daß ein solches Kriterium zu kompliziert werden würde, wenn man schon in dieser Vorstufe etwa auch die Prüfung mit einbeziehen wollte, ob die Hauptsache wirklich erledigt ist.

Das gilt nun aber nicht nur für diese Frage, sondern auch für alle anderen denkbaren Umstände, die Veranlassung dazu geben könnten, das Rechtsmittel trotz bestehender (formeller) Beschwer nicht zuzulassen. Solche Fälle will der BGH dann bei der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses ausscheiden. Gleichzeitig bringt der BGH zum Ausdruck, was die Beschwer eigentlich sei: nur ein Element des Rechtsschutzbedürfnisses und die Prüfung der Beschwer also nur eine Art formalisierter Teil der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses[28].

Das BSG (AP § 141 SGG Nr. 1 = BSGE 9, 17) wendet diesen Gedanken sehr konsequent an. In diesem Falle hatte der Kläger in der ersten Instanz gegen den Träger der Rentenversicherung auf Zahlung einer höheren Rente geklagt. Der Beklagte hatte Klagabweisung beantragt, war unterlegen und hatte Berufung eingelegt, aber nicht etwa mit dem Ziel, eine Klagabweisung zu erreichen, sondern um sich gegen gewisse Ausführungen in den Urteilsgründen zu wehren. Im Ergebnis - Unzulässigkeit des Rechtsmittels - ist das BSG nicht von der Rechtsprechung

28) Vgl. Baur, Festschr. f.Lent S. 6: Das im Erfordernis der Beschwer "typisierte" Rechtsschutzbedürfnis. Ähnlich Habscheid NJW 57, 1366 in Anm. zu OLG Düsseldorf.

des BGH [29] in solchen Fällen abgewichen, aber die Begründung ist etwas differenzierter.
Die Beschwer sei zu ermitteln, so heißt es in der Begründung, indem man das Urteil mit dem in erster Instanz gestellten Antrag vergleiche. Der Beklagte sei zwar durch das Urteil erster Instanz in diesem Sinne beschwert, aber er habe diese Beschwer nicht zum Gegenstand seines Rechtsmittelangriffes gemacht, wie sich an seinem Rechtsmittelantrag zeige. Der Beklagte habe die Beschwer nur in gewissen Ausführungen des Sozialgerichts in den Urteilsgründen gesehen, die nicht in Rechtskraft erwüchsen und damit nicht bindend seien. Der Beklagte habe also nicht nur von der formellen Beschwer, die in dem Zurückbleiben des angefochtenen Urteils hinter seinem Antrag im Verfahren vor dem SG liege, keinen Gebrauch gemacht, er sei auch materiell durch dieses Urteil nicht beschwert.

Deshalb sei auch nicht darüber zu entscheiden, ob die materielle Beschwer für die Statthaftigkeit des Rechtsmittels ausreiche.

Hier werden die Begriffe formelle und materielle Beschwer scharf voneinander getrennt. Beides bedeutet soviel wie Benachteiligung. Formell ist eine Beschwer dann, wenn sie als Divergenz zwischen Antrag und Urteil feststellbar ist. Die materielle Beschwer ist demnach eine Benachteiligung des Rechtsmittelklägers, die sich irgenwie aus der Entscheidung ergibt, ohne daß der Tenor vom Antrag abzuweichen braucht. Das BSG verneint letztere in diesem Fall und enthält sich daher der Entscheidung darüber, ob sie für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels ausreiche.
Für das BSG kann sich also die Zulässigkeit des Rechtsmittels folgendermaßen ergeben: Der Rechtsmittelkläger kann formell beschwert sein; die formelle Beschwer richtet sich nach seinem Antrag in der ersten Instanz. Er muß sich allerdings auch mit dem Rechtsmittel gegen diese formelle Beschwer

29) Vgl. BGH LM § 511 ZPO Nr. 6 (s.o.): Die Beschwer bestimmt sich einmal nach dem Umfang der Wirkungen des angefochtenen Urteils und schließlich nach dem mit dem Rechtsmittel verfolgten Ziel.

wenden. Wendet sich der Rechtsmittelkläger nicht gegen diese formelle Beschwer oder ist er vielleicht gar nicht formell beschwert, sondern will er wie hier etwa Ausführungen in den Gründen beseitigt haben, dann ist das Rechtsmittel nur zulässig, wenn er durch die Gründe materiell beschwert, d.h. in anerkennenswertem Maße benachteiligt ist (Rechtsschutzbedürfnis). Neben dieser Differenzierung in der Begriffsbildung fällt an dieser Entscheidung auf, daß das BSG den Grundsatz der formellen Beschwer ohne weiteres auch auf den Beklagten der ersten Instanz anwendet. Eine nähere Begründung hierfür wird allerdings nicht gegeben. Allerdings fällt diese Abweichung bei der uneinheitlichen Rechtsprechung auch gar nicht besonders auf.

Das BAG schließlich geht in einer Entscheidung (Betrieb 61, 920 = AP § 511 ZPO Nr. 2) noch einen Schritt weiter. Es führt u.a. aus, daraus, daß das Rechtsmittel der Berufung nur den Sinn habe, dem Rechtsmittelkläger Gelegenheit zur Beseitigung einer ihm ungünstigen vorinstanzlichen Entscheidung durch Inanspruchnahme einer weiteren Instanz zu geben, folge gleichzeitig, daß für ein Rechtsmittel dann kein Rechtsschutzbedürfnis anzunehmen sei, wenn der Berufungskläger mit ihm entweder ausdrücklich oder der Sache nach nicht die Beseitigung einer aus einer vorinstanzlichen Entscheidung sich ergebenden Beschwer, sondern ausdrücklich oder der Sache nach etwas ganz anderes als die Beseitigung der vorinstanzlichen Beschwer erstrebe. Der Rechtsmittelkläger versuche in einem solchen Falle im Gewande der Berufung einen Prozeß in die zweite Instanz zu treiben, der der Sache nach in der Form einer neuen Klage in die erste Instanz gehöre.
In der Sache weicht die Entscheidung durchaus nicht von der Rechtsprechung in einem solchen Fall ab, in dem der Rechtsmittelkläger mit dem Rechtsmittel nicht eigentlich die ihm nachteilige Entscheidung beseitigen, sondern ein ganz anderes, neues Ziel verfolgen will, was er an sich nur mit einer neuen Klage tun könnte. Es muß aber sofort auffallen, daß auch das BAG nicht etwa davon spricht,

der Rechtsmittelkläger sei nicht beschwert, sondern es fehle ihm das Rechtsschutzbedürfnis. Mit Beschwer wird also nur die sich aus der vorinstanzlichen Entscheidung ergebende Benachteiligung bezeichnet. Sie ist mit dieser Entscheidung vorgegeben und stellt eine feste Größe dar. Der Rechtsmittelkläger kann also beschwert sein und trotzdem kann sein Rechtsmittel unzulässig sein, weil ihm das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Das ergibt sich aber zumeist aus Umständen, die mit der Existenz der vorinstanzlichen, an sich benachteiligenden Entscheidung nicht zusammenhängen. Die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsmittels erfolgt also gewissermaßen in Etappen; zunächst wird die wichtigere und leichter feststellbare Voraussetzung geprüft, ob überhaupt eine Benachteiligung durch die erstinstanzliche Entscheidung vorliegt. Je nachdem ist der Rechtsmittelkläger "beschwert" oder nicht. Die weiteren für die Zulässigkeit maßgebenden Faktoren werden dann unter der Frage des Rechtsschutzbedürfnisses behandelt. In der Regel wird mit der Beschwer in diesem Sinne auch gleichzeitig das Rechtsschutzbedürfnis vorliegen. Es kann aber unter besonderen Umständen, wie im Falle des Mißbrauchs des Rechtsmittels (wie hier) entfallen. Nach der anfangs zitierten Rechtsprechung des BGH und des RG gipfelt die gesamte Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsmittels in der Feststellung, es liege eine Beschwer vor oder nicht.

Das BAG (Betrieb 61, 1428) führt diesen Gedankengang schließlich noch deutlicher in einer weiteren Entscheidung aus. Während eine formelle Beschwer, so heißt es dort, immer dann gegeben sei, wenn die angefochtene Entscheidung dem Rechtsmittelkläger etwas versage, was er in den Vorinstanzen beantragt habe, könne das als allgemeine Prozeßvoraussetzung auch für die Durchführung eines Rechtsmittelverfahrens erforderliche Rechtsschutzbedürfnis u.U. entfallen, wenn während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens hinsichtlich der materiellen Rechtslage eine Änderung eintrete, die sich zu Gunsten des Rechtsmittelklägers auswirke und ein rechtliches Interesse an der Durchführung

des Rechtsmittels in Wegfall kommen lasse.
Wiederum wird hier zwischen Beschwer und Rechtsschutzbedürfnis klar getrennt. Es ist sogar nur von formeller Beschwer die Rede, die wie üblich als die Divergenz zwischen Antrag und Urteil definiert wird. Der Begriff einer materiellen Beschwer taucht nicht auf. Er wird offensichtlich auch gar nicht benötigt, denn genau dieselben sachlichen Fragen, die in der bisherigen Rechtsprechung unter den Begriff der materiellen Beschwer gefaßt wurden, sind hier zu einer Frage des Rechtsschutzbedürfnisses geworden.
Wenn dort im Falle einer dem Rechtsmittelkläger (dem Kläger der ersten Instanz) günstigen Änderung der materiellen Rechtslage, etwa durch Befriedigung durch den Beklagten, gesagt wurde, der Rechtsmittelkläger sei nunmehr nicht mehr beschwert, seine materielle Beschwer sei entfallen oder habe ihre Bedeutung verloren, so wird hier zwar genau dasselbe geprüft, nämlich, ob dem Rechtsmittelkläger angesichts seines veränderten Interesses noch das Rechtsmittel gewährt werden kann. Das ist hier aber eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses, während die Beschwer im Sinne einer formellen Beschwer mit der vorinstanzlichen Entscheidung vorgegeben ist und durch spätere Veränderungen der materiellen Rechtslage nicht berührt wird.

Damit wird deutlich, daß sich diese Rechtsprechung des BAG von der herkömmlichen des RG und des BGH sachlich gar nicht unterscheidet. Es werden hier wie dort genau dieselben Billigkeitserwägungen getroffen, lediglich unter verschiedenen Begriffen.

Es kam bis jetzt nur darauf an, das Verhältnis der Beschwer zum Rechtsschutzbedürfnis in den besprochenen Entscheidungen zu erläutern. Eine ganz andere Frage ist es, ob auch a l l e das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ausschließenden Umstände geeignet sind, bereits die Z u l ä s s i g k e i t des Rechtsmittels zu beseitigen. Diese Frage wird eine wesentliche Rolle in den Fällen spielen, in denen die Zulässigkeit eines Rechtsmittels wegen Erledigung der Hauptsache fraglich erscheint.

Zusammenfassung

Zunächst lassen einige Entscheidungen des BGH (IV. und VIII. Sen.) vermuten, daß die Beschwer des Klägers der ersten Instanz nach der Divergenz zwischen dessen Anträgen und dem erstinstanzlichen Urteil bemessen wird (formelle Beschwer), während es für die Beschwer des Beklagten der ersten Instanz offenbar nur darauf ankommen soll, ob das Urteil ihn in irgendeiner Weise benachteiligt (materielle Beschwer). Auf seine Anträge soll nicht abgestellt werden. Die Begründung für diese verschiedene Beurteilung der Anträge ist formal: Nur die Anträge des Klägers seien Sachanträge; nur über sie entscheidet das Gericht. Der Antrag auf Klagabweisung des Beklagten sei ein Prozeßantrag, der als bloße Anregung an das Gericht zu werten sei und den der Beklagte an sich nicht einmal zu stellen brauche. Damit scheint zunächst eine für die Beschwer wichtige Frage beantwortet, ob nämlich die Stellungnahme des Beklagten zum Klagebegehren in der Vorinstanz für die Zulässigkeit seines Rechtsmittels von Bedeutung ist. Damit wird aber gleichzeitig die grundsätzlichere Frage aufgeworfen, ob nicht der Zweck der Beschwer doch eine einheitliche Beurteilung der für die Beschwer möglichen Kriterien erfordert.
Obwohl diese Auffassung des BGH sich auch schon in früheren Entscheidungen des RG findet, folgt jedoch die Rechtsprechung dieser Meinung nicht durchweg. Einerseits genügt nach anderen Entscheidungen nicht in jedem Falle eine formelle Beschwer des Klägers für die Zulässigkeit des Rechtsmittels, andererseits wird doch wieder auf die Stellungnahme des Beklagten in erster Instanz abgestellt (so BGH III. Sen.: keine Beschwer bei Anerkenntnis; BSG).

Schon das RG spricht vom "Wegfall der Beschwer" des Klägers, wenn etwa der Klaganspruch selbst im materiell rechtlichen Sinne oder das Rechtsschutzbedürfnis vor Einlegung des Rechtsmittels entfallen. Auch formuliert das RG in einem solchen Falle etwa, eine "wahre Beschwer im Sinne des

Gesetzes" liege nicht vor. Beschwer bedeutet damit nicht nur formelle Beschwer. Die Prüfung der Beschwer umfaßt vielmehr noch weitere Voraussetzungen wie die des Rechtsschutzbedürfnisses. Die Bedeutung des Begriffes Beschwer wechselt jedoch offensichtlich. In der neueren Rechtsprechung bezeichnete man mit der Feststellung, es liege keine Beschwer vor, etwa den Tatbestand, daß der Rechtsmittelkläger zwar formell beschwert war, aber mit dem Rechtsmittel gar nicht d i e s e Beschwer beseitigen wollte, sondern eine ihm nachteilig erscheinende Begründung des Urteils.
Andererseits wurde ein Rechtsmittelkläger für beschwert gehalten, der eine als unbegründet abgewiesene Klage als unzulässig abgewiesen haben wollte. Der Rechtsmittelkläger wollte hier praktisch nur einen Teil der vorliegenden formellen Beschwer beseitigen, indem er die ihm nachteiligere Rechtskraftwirkung des Sachverhalts durch die vorteilhaftere des Prozeßurteils ersetzt haben wollte. Der Vergleich der Rechtskraftwirkungen erfordert eingehendere Erörterungen; mit der Feststellung der formellen Beschwer wäre es in diesem Fall nicht getan. In einem anderen Fall, in dem eine formelle Beschwer nicht vorlag, erschien es dem BGH nicht notwendig, das Rechtsmittel mangels Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig zu verwerfen, da der Rechtsmittelkläger ein "prozeßfremdes" Interesse verfolge. Er wollte nämlich in der Rechtsmittelinstanz einen Klaganspruch neu geltend machen.
In einem Scheidungsrechtsstreit, in dem auf die Widerklage hin die Ehe geschieden worden war, sah der BGH offenbar die Beschwer des Klägers nicht in erster Linie in dem Umstand, daß die Klage abgewiesen worden war (formelle Beschwer), sondern vor allem in der Tatsache, daß er für überwiegend schuldig erklärt worden war. Es wurde lediglich auf die sich d a r a u s ergebenden, für ihn nachteiligen Rechtsfolgen abgestellt.
Andererseits wurde in einem anderen Fall eine Beschwer angenommen, in dem der Kläger in zweiter Instanz beantragt hatte, die Sache zurückzuweisen und das Urteil diesem Antrag entsprochen hatte. Die Beschwer wurde darin gesehen,

daß der Kläger (= Rechtsmittelkläger) sein eigentliches Prozeßziel, die Verurteilung des Beklagten, nicht erreicht hatte.

Diese Beispiele zeigen, daß praktisch der Grundsatz der formellen Beschwer beim Kläger der ersten Instanz nicht eingehalten wird. Es wird nicht so sehr auf die - mehr formale - Divergenz zwischen Urteil und Klagantrag abgestellt, als vielmehr darauf, ob die Rechtsstellung, die das Urteil ihm gewährt, letzten Endes für ihn weniger günstig ist, als die Rechtsstellung, die er mit seinem Klagantrag "eigentlich" angestrebt hatte. Damit wird hier praktisch nach demselben Grundsatz verfahren, wie beim Beklagten der ersten Instanz, nämlich nach dem Grundsatz der materiellen Beschwer. Man stellt weitgehend darauf ab, ob der Rechtsmittelkläger durch das Urteil in einem ganz unspezifischen, weiten Sinne "benachteiligt" ist.

In der neueren Rechtsprechung des BGH, BAG und auch des BVerwG wird häufig die Beschwer schlechthin mit dem Rechtsschutzbedürfnis gleichgestellt. Mitunter ist sogar nur vom Rechtsschutzbedürfnis für das Rechtsmittel die Rede; der Begriff der Beschwer wird dann gar nicht erwähnt.

Das Verhältnis der Beschwer zum Rechtsschutzbedürfnis, die Abgrenzung dieser beiden Begriffe und die ihnen eigenen besonderen Funktionen rücken damit innerhalb dieses ganzen Fragenkreises in den Mittelpunkt.

In der Rechtsprechung wird die Unklarheit des Begriffes der Beschwer auch teilweise erkannt und eine Trennung vom allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis als notwendig empfunden. Zwei Senate des BGH (II. und V. Sen.) haben in je einer Entscheidung deutlich ausgesprochen, daß sie dazu neigen, die Beschwer als formelle Beschwer zu bestimmen, die mit dem Urteil gegeben ist und nur vom formalen Bestand des Urteils abhängt. Für weitere Differenzierungsmöglichkeiten soll dann das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis herangezogen werden. Die Beschwer wird gleichzeitig als besondere Erscheinungsform des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses angesehen.

Auch das BSG spricht in einer Entscheidung davon, daß dem zwar formell beschwerten Beklagten das Rechtsschutzbedürfnis für das Rechtsmittel fehle, wenn er sich nicht gerade gegen diese formelle Beschwer zur Wehr setze. Andererseits prüft das BSG aber dann auch noch, ob der Beklagte etwa durch die Gründe (gegen die er sich gewandt hatte) - materiell-beschwert ist.
Das BAG trennt ebenfalls zwischen Beschwer (formeller Beschwer) und dem Rechtsschutzbedürfnis, das der Rechtsmittelkläger zur Beseitigung der Beschwer haben muß und das entfallen kann.

Im ganzen gesehen ist die Rechtsprechung recht unübersichtlich, ja teilweise widersprüchlich, was den Unterschied zwischen dem Kläger und dem Beklagten der ersten Instanz anbetrifft. Dies ist aber nur eine Frage des mehr oder weniger brauchbaren Kriteriums zur Feststellung der Beschwer. Die grundsätzlichere, aber weitgehend noch ungeklärte Frage nach dem Verhältnis der Beschwer zum Rechtsschutzbedürfnis führt jedoch praktisch kaum zu verschiedenen Ergebnissen, da es sich hier nur um eine terminologische Frage handelt. Man prüft entweder alle Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsmittels unter der Frage der Beschwer oder faßt die Beschwer im engen Sinne als formelle Beschwer auf und prüft die weiteren Voraussetzungen unter der Frage des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses.

Die Beschwer im Falle der Erledigung der Hauptsache

Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels wird dann besonders fraglich, wenn nach Erlaß des vorinstanzlichen Urteils aber vor Einlegung des Rechtsmittels die Hauptsache sich erledigt, sei es, daß der Klaganspruch wegfällt, weil der siegreiche Beklagte den Kläger befriedigt oder weil der siegreiche Kläger dem Beklagten die Schuld erläßt. Diese besondere Frage aus dem Problemkreis der Erledigung der Hauptsache ist auch in der Literatur recht umstritten[1]. Allerdings würde eine umfassende Auseinandersetzung mit den hier vertretenen Ansichten über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Über die Rechtsprechung zu dieser Frage wird deshalb im Zusammenhang berichtet, weil sich bei dieser Frage besonders deutlich zeigt, was in der Rechtsprechung unter dem Begriff der Beschwer verstanden wird. Für die verschiedenen Möglichkeiten, die Beschwer aufzufassen, werden jeweils typische Entscheidungen angeführt, die in ihrer Reihenfolge so angeordnet sind, daß eine gedankliche Entwicklung der Argumentationsmöglichkeiten zutage tritt. Schließlich sind aber für die Begriffsbildung auch die Fälle der Erledigung die Hauptsache vor Erlaß des erstinstanzlichen Urteils, falls später ein Rechtsmittel eingelegt wird und der Erledigung nach Einlegung des Rechtsmittels von Interesse, obwohl in letzterem Falle im allgemeinen angenommen wird, daß das Rechtsmittel zulässig bleibt.[2]

Der Rechtsmittelkläger ist nach Erledigung der Hauptsache

1) Hierzu vergleiche vor allem die Monographie von Göppinger, S. 258 ff.; besonders S. 287 ff., AcP 156, 473 und die kleineren Beiträge von Donau MDR 57, 524; JR 56, 169; ZZP 67, 16; v.Gamm MDR 56, 715; Habscheid MDR 54, 589; Rpfleger 55, 33; Herpers NJW 66, 766; Herzfeld ZZP 58, 214; Mein DRiZ 58, 47; Rosenberg ZZP 53, 385 ff. (391 ff.); von den Lehrbüchern befaßt sich besonders dasjenige Blomeyers mit der Beschwer, vgl. S. 315 ff.; für die Kommentare vgl. Stein-Jonas II 2a zu § 99 mit weiteren Nachweisen.

2) Es ist allgemein anerkannt, daß der Rechtsstreit auch während des Rechtsmittelverfahrens in der Hauptsache für erledigt erklärt werden kann; vgl. Göppinger S. 287 Anm. 1 mit weiteren Nachweisen.

gezwungen, von seinem Klageantrag bzw. Abweisungsantrag abzugehen und kann in der Rechtsmittelinstanz von vornherein nur einen Antrag nach § 91a ZPO stellen. Zu der Frage, ob es zulässig ist, ein Rechtsmittel nur deshalb einzulegen, um eine Entscheidung nach § 91a ZPO zu erlangen, gibt es eine sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung mannigfaltige Rechtsprechung.[2a)]

Es wurde im ersten Abschnitt gezeigt, daß in der Rechtsprechung eine gewisse Tendenz besteht, den Begriff der Beschwer zu vereinheitlichen und von einer formellen Beschwer auszugehen. Eine entsprechende Entwicklung zeigt sich auch in der Frage der Erledigung der Hauptsache. Nach anfänglicher allgemeiner Ablehnung der Zulässigkeit ging man zwar zunächst zu recht differenzierten Interessenerwägungen über. Aber schließlich stellten die Gerichte auch schon vereinzelt (mit) auf die formelle Beschwer ab.

E i n e Grenze zog man freilich ziemlich bald. Man wies aus Gründen der Erledigung ein Rechtsmittel nur dann als unzulässig ab, wenn die Erledigung der Hauptsache unbestritten war. Solange etwa der Kläger die Zahlung des geforderten Betrages bestritt, ging man für die Zulässigkeitsprüfung davon aus, daß der Klaganspruch bestand und erhob auch nicht über sein Bestehen Beweis, um anschließend die Zulässigkeit zu verneinen. Der Streit über den Anspruch, so führte das RG (27, 365; vgl. auch RG 33, 383; RG JW 10, 151) aus, bestehe fort. Nur die Existenz eines streitigen Rechtsverhältnisses, nicht aber das wirkliche Bestehen des verfolgten Anspruches gehöre zu den prozeßrechtlichen Voraussetzungen, von welchen die Zulässigkeit abhänge. Erst nach der Zulassung sei zu entscheiden, ob der Anspruch bestehe. Dann werde das Rechtsmittel evtl. als unbegründet zurückgewiesen.[3)]
Aber das Rechtsmittel wäre für unzulässig gehalten worden,

2a) Vgl. dazu Göppinger S. 290, besonders Anm. 9 mit Hinweisen auf ältere Rspr. und Lit.

sobald der Kläger die Zahlung anerkannt gehabt hätte, auch wenn er selbst bei der Einlegung des Rechtsmittels davon noch nichts gewußt hätte.

Wenn etwa der Kläger nach einem klagabweisenden Urteil befriedigt wurde, und anschließend Berufung einlegte, dann wurde das Rechtsmittel für unzulässig gehalten (RG 45, 412), weil einmal mit der Zahlung der Beschwerdegrund beseitigt worden sei und zum anderen damit der Gegenstand des Rechtsstreits in Wegfall gekommen sei und der Rechtsstreit seine Erledigung in der Hauptsache gefunden habe, also bei Berufungseinlegung gar kein streitiges Rechtsverhältnis mehr bestanden habe. Man argumentierte auch einfach, nach dem Erlöschen des Anspruches könne ja nicht mehr auf die Verurteilung des Beklagten erkannt werden.
Das RG (Gruchot 58, 1095) meint in einem anderen, gleichgelagerten Fall, der geänderte Antrag des Klägers habe nur formale Bedeutung. Sachlich habe er die Abänderung des erstinstanzlichen Urteils nicht zum Ziele gehabt. Denn er sei verbunden gewesen mit dem Antrag auf Ausspruch, daß die Klage gegenstandslos geworden sei, der Klaganspruch nicht mehr bestehe, daß es sachlich bei der erstinstanzlichen Entscheidung in dem Sinne, daß die mit der Klage begehrte Verurteilung der Beklagten nicht zu erfolgen habe, verbleiben und der Entscheidung nur eine andere Formulierung, sowie eine andere Begründung dahin, daß der Klaganspruch nicht mehr bestehe, gegeben werden sollte.

Man könne auch sagen, so meinte das RG (Gruchot 52, 1113) wieder in einem anderen Falle, daß die Abweisung der Klage den Kläger nicht mehr beschwere, wenn er inzwischen voll befriedigt worden sei. Oder das RG (104, 368)

3) Göppinger (S. 292 Anm.19) argumentiert deshalb, ein Rechtsmittel müsse im Falle der Erledigung der Hauptsache vor Rechtsmitteleinlegung zulässig sein, weil die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht von der Stellungnahme des Rechtsmittelgegners abhängen könne; bei der Prüfung der Beschwer des Rechtsmittelklägers könne es nicht auf die Anträge des Rechtsmittelgegners ankommen.

formulierte etwa: Die durch das Urteil gegebene ursprüngliche Beschwer habe ihre Bedeutung verloren. Der auf die Erledigungserklärung beschränkte Berufungsantrag sei unzulässig. Grundsätzlich umfaßt hier die Beschwer auch das Rechtsschutzbedürfnis.[4)]

Damit waren eine Reihe von Leitsätzen aufgestellt, die man teilweise bis heute für richtig hält. So führte der BGH (LM § 91a ZPO Nr. 4) aus, es genüge bereits die Erfüllung des Klaganspruches in Höhe des im Berufungsurteil festgesetzten Betrages (um ein noch nicht eingelegtes Rechtsmittel unzulässig zu machen), da mit dem Erlöschen des Schuldverhältnisses jede Beschwer des Klägers in Wegfall gebracht worden sei.
Auch hier wird doch im Grund zum Ausdruck gebracht, daß die unterlegene Partei, die sich freiwillig dem sie benachteiligenden Urteil unterwerfe, keine Fortsetzung des Rechtsstreites "verdiene". Der Begriff Beschwer umfaßt hier also das Rechtsschutzbedürfnis mit.[5)] Mit dem Wegfall des Klaganspruchs wurde der Rechtsstreit einfach als hinfällig angesehen. Als wesentlichstes Hindernis für den Fortgang des Prozesses wurde wohl der Umstand angesehen, daß der Beklagte jetzt ja nicht mehr zu der ursprünglich vom Kläger begehrten Leistung verurteilt werden konnte. der Kläger hatte das erlangt, was er begehrt hatte und die Nachteile, die er durch das erstinstanzliche Urteil evtl. in Gestalt der Kosten und der Rechtskraftwirkung erleiden mochte, überging man.

4) Vgl. auch RG Gruchot 57, 1056; für die neuere Rechtspr. OLG Bremen NJW 64, 259; vgl. Donau ZZP 67, 16 zu RG 104, 368: Die Formulierung " die ... Beschwerung hat ihren Sinn verloren" sei etwas anderes, als "der Kläger ist nicht mehr beschwert" und könne (weil man nicht annehmen könne, das RG habe den Begriff Beschwer aufgegeben) nur heißen, daß trotz formeller Beschwer für die Rechtsverfolgung des Klägers deshalb kein Rechtsschutzbedürfnis mehr vorliege, weil er materiell befriedigt sei.

5) Vgl. auch OLG Düsseldorf BB 64, 535; eine Fülle von weiteren Hinweisen auf Lit. und Rspr. bei Göppinger S. 290 ff.

Diese Auffassung "schließt von dem Wegfall des materiellrechtlichen Anspruchs (aufgrund einer sachlichen Prüfung des Streitgegenstandes) auf das Fehlen einer Prozeßvoraussetzung bzw. Prozeßfortsetzungsbedingung" (so Göppinger S. 292).
Schließlich taucht auch immer wieder das Argument auf[5], der Rechtsmittelkläger sei ja nach seiner Befriedigung durch die andere Partei bzw. nach Erlaß des gegen ihn gerichteten Klaganspruches durch den Gegner nicht mehr beschwert; es gehe ihm vielmehr jetzt mit dem Antrag nach § 91a ZPO nur noch um eine Änderung der Kostenentscheidung des Urteils erster Instanz. Eine Beschränkung des Rechtsmittels auf die Kosten sei aber gemäß § 99 I ZPO unzulässig[5a]. Der § 99 I ZPO gelte ausnahmslos und zwar auch dann, wenn das erste Urteil durch Erledigung der Hauptsache gegenstandslos geworden sei; es komme auch nicht darauf an, durchwelche Ereignisse diese Erledigung eingetreten sei; entscheidend sei, daß der Rechtsmittelkläger keinen Antrag mehr zur Hauptsache stelle.

Dieser in der Begründung etwas starren Rechtsprechung steht aber besonders neuerdings auch eine ganze Reihe von Entscheidungen gegenüber, die zwar auch die Zulässigkeit des Rechtsmittels ablehnen, aber nicht deshalb, weil aus logischen Gründen (Befriedigung des Klägers = Wegfall der Beschwer, nach Erledigung kann nicht mehr nach dem Klagantrag erkannt werden, Wegfall des streitigen Rechtsverhältnisses, Argument aus § 99 I ZPO) ein Rechtsmittel als unzulässig erscheinen müsse, sondern aufgrund einer teilweise recht differenzierten Interessenabwägung.
Schon in der oben angeführten Entscheidung RG Gruchot 52,1113 (1116) wird darauf hingewiesen, anders liege die Sache in dem umgekehrten Falle (in diesem Fall war der unterlegene Kläger befriedigt worden), wo der nach der Klage verurteilte Beklagte Berufung einlege, nachdem inzwischen der Klaganspruch durch Verzicht des Klägers oder in anderer Weise erledigt worden sei,

5) RG HRR 37, 866; OLG Hamburg NJW 57, 1404 mit ablehnender Anm. von Donau; OVG Münster ZMR 59, 314.
5a) Vgl. für die Kommentare Stein-Jonas Anm. II 2a zu § 99; Rosenberg Lb S. 370: keine Zulässigkeit des Rechtsmittels mit Ausnahmen.

weil dann der Beklagte durch das Bestehenbleiben des ihn verurteilenden und evtl. vollstreckbaren Erkenntnisses immer noch in der Hauptsache beschwert bleibe (so RG 29, 379: verurteilter Beklagter erbringt die Leistung und legt danach Rechtsmittel ein; zulässig).[5b)]

Das RG (149, 31) hielt allerdings später die Berufung des verurteilten Beklagten für unzulässig, der das Rechtsmittel eingelegt hatte, nachdem er selbst den Klaganspruch erfüllt hatte. In diesem Falle wurde angenommen, daß er ihn habe erfüllen w o l l e n .

Eine ganze Reihe von Entscheidungen zeigen (vgl. hierzu Göppinger S. 293), wie sehr hier das Ergebnis von einer Abwägung des Interesses des Rechtsmittelklägers abhängig gemacht wird. Man geht allerdings im allgemeinen von einem Grundgedanken aus, der etwa so formuliert werden könnte: Das Rechtsmittel kann umso leichter als zulässig angesehen werden, je weniger die Erledigung des Klaganspruchs vom Willen des Rechtsmittelklägers abhing. Je mehr die Erledigung vom Rechtsmittelkläger ausging, umso eher verscherzte er sich dadurch das Rechtsmittel.
Dieser Gedanke wird z.B. in der Entscheidung RG 168, 355 (Großer Senat)[6)] ausgeführt. Danach soll ein Rechtsmittel nicht unzulässig werden, wenn n a c h Einlegung die Beschwer durch tatsächliche oder rechtliche Veränderungen weggefallen oder vermindert ist und der Rechtsmittelkläger gezwungen ist, seine Anträge entsprechend zu ändern. Es soll allerdings unzulässig werden, wenn der Rechtsmittelkläger aus freien Stücken, d.h. ohne durch eine Veränderung im Beschwerdegegenstand selbst dazu veranlaßt zu sein, seine An-

5b) Eine Ausnahme war allerdings der Fall RG ZZP 55, 165: Unterlegene Klägerin wird nach Erlaß des erstinstanzlichen Urteils befriedigt und legt daraufhin Berufung ein mit dem Antrag, die Hauptsache für erledigt zu erklären und dem Beklagten die Kosten aufzuerlegen. RG: "...die Klägerin war...beschwert, auch wenn sie nachträglich befriedigt wurde." Weiter keine Begründung. Offenbar ist dem RG die Abweichung von der damals herrschenden Rechtsprechung gar nicht bewußt geworden; so auch Rosenberg in ablehnender Anm. dazu.

6) Vgl. den Abschn. über den für die Beschwer maßgeblichen Zeitpunkt.

träge soweit ermäßigt, daß sie die Rechtsmittelsumme nicht mehr erreichen. Dadurch solle einer Umgehung der Rechtsmittelsumme vorgebeugt werden.

Diese Richtlinie wird auch ausdrücklich vom BGH (NJW 51, 195 = BGH 1, 29) beibehalten.
Ein Ausfluß dieser Billigkeitsregelung ist auch die Auffassung, daß das Rechtsmittel des verurteilten Beklagten unzulässig sei, wenn er den Kläger freiwillig befriedigt habe. Das soll im übrigen auch dann gelten, wenn der Beklagte den Kläger n a c h Rechtsmitteleinlegung befriedigt[7]).
Im Falle BGH ZZP 71, 106[7b]) waren die Beklagten zur Räumung eines Hotels verurteilt worden. Ihre Berufung war erfolglos. Nach Revisionseinlegung räumten sie dann das Hotel aus wirtschaftlichen Erwägungen. Die Revision wurde als unzulässig zurückgewiesen, da eine Beschwer der Beklagten in der Hauptsache durch die freiwillige Herausgabe weggefallen sei. Die Beklagten hätten in diesem Fall auch nicht eine drohende Zwangsvollstreckung zu verhindern gehabt, da das Urteil nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt worden war.
In einem ähnlichen Falle (OLG Nürnberg MDR 59, 311) hatte der Kläger auf Vorlegung bestimmter Verträge geklagt. Der Beklagte hatte zunächst Klagabweisung beantragt, dann aber die Verträge vorgelegt. Darauf hatte der Kläger die Hauptsache für erledigt erklärt, der Beklagte auf Klagabweisung bestanden. Das LG erklärte die Hauptsache durch Urteil für erledigt. Die Berufung des Beklagten wurde als unzulässig zurückgewiesen. Interessant ist die Begründung in diesem Fall. Zunächst wird ausgeführt, daß der Rechtsmittelkläger den Klagabweisungsantrag aus logischen Gründen gar nicht mehr aufrecht erhalten könne. Die Erledigung der Hauptsache habe zur Folge, daß der Kläger seinen prozessualen Anspruch auf Verurteilung des Beklagten verliere. Der Kläger sei also prozessual gezwungen, seinen Klageanspruch aufzugeben. Ein Antrag auf Klagabweisung könne aber nur solange gestellt werden,

7) RG 168, 355, s.o.; LG Saarbrücken MDR 56, 748.
7b) Mit dem Hinweis auf einen nichtveröffentl. Beschluß vom 19.12.56 (AZ VIII ZR 44/56).

als der Klaganspruch geltend gemacht werde. Der Beklagte könne daher keine Klagabweisung mehr verlangen, wenn der Kläger nach materieller Erledigung der Hauptsache den Klaganspruch aufgegeben habe. Die prozessuale Stellung des Beklagten beschränke sich auf seine Verteidigung, die von dem Begehren des Klägers abhängig sei.
Nun wird aber noch zusätzlich auf das Interesse des Beklagten abgestellt. Dieses sei nicht dadurch beeinträchtigt, daß er den Klagabweisungsantrag nicht mehr stellen könne. Das die Erledigung der Hauptsache feststellende Urteil spreche aus, daß für den Klaganspruch kein Rechtsschutzbedürfnis mehr bestehe. Die Rechtskraftwirkung liege darin, daß der Kläger den Anspruch nicht nochmal stellen könne. Die Hauptsache könne auch für erledigt erklärt werden, wenn die Klage von vornherein unbegründet gewesen sei. Die Erledigung bedeute nur, daß der Klaganspruch gegenstandslos sei und keines Rechtsschutzes mehr bedürfe, gleichgültig ob die Klage begründet gewesen sei oder nicht. Ausnahmsweise sei ein schutzwürdiges Interesse für eine Klagabweisung statt der Erledigungserklärung gegeben, wenn beim Beklagten die Voraussetzungen für eine negative Feststellungsklage gegeben seien. Das sei in diesem Fall aber nicht so.

Daraus geht hervor, daß das Gericht bei entsprechender Interessenlage eben doch eine Klagabweisung ausgesprochen hätte, obwohl schon ein entsprechender Antrag des Rechtsmittelklägers aus logischen Gründen unmöglich sein soll. Letztlich scheint eben für die Entscheidung doch der Umstand den Ausschlag gegeben zu haben, daß der Beklagte durch das erstinstanzliche Urteil in keiner Weise für benachteiligt und sein Interesse an einer Abänderung des Urteils für zu gering gehalten wurden. Die Entscheidung über die Zulässigkeit beruht also letztlich auf einer Interessenabwägung.

Der Begriff der Beschwer taucht in dieser Entscheidung gar nicht auf. Das ist ein weiteres Anzeichen dafür, daß es sich bei dem Verhältnis der Beschwer zum Rechtsschutzbedürfnis nur um eine terminologische Frage handelt. Manches andere Gericht wäre im gleichen Fall zum Ergebnis gekommen, daß das Rechtsmittel mangels B e s c h w e r unzulässig sei.

Immerhin wäre man vielleicht bei Anwendung des Begriffes Beschwer zu der Feststellung gelangt, daß der Beklagte zwar durch das Urteil formell beschwert sei und wäre dann gezwungen gewesen, den Grund für die Unzulässigkeit noch etwas schärfer zu umreißen.

Die Begründung in einem vom OVG Münster (NJW 57, 1572) entschiedenen Fall hätte die Möglichkeit hierzu gegeben. Hier hatte der Rechtsmittelkläger (= Kläger) mit dem Rechtsmittel den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, obwohl eine materielle Erledigung - nach der Feststellung des Gerichts - nicht eingetreten war und der Rechtsmittelbeklagte dem gegenüber bei seinem Antrage auf Abweisung der Klage oder Zurückweisung des Rechtsmittels verharrte. Das Rechtsmittel wurde für unzulässig erklärt. Wenn der Kläger ein Rechtsmittel eingelegt habe, so heißt es in der Begründung, um eine Erledigungserklärung durch Urteil herbeizuführen und die Erledigung streitig sei, dann müsse das Gericht prüfen, ob die Hauptsache wirklich (materiell) erledigt sei. Das sei nur eine formelle Entscheidung zur Hauptsache. Entschieden werde nur, ob die materielle Erledigung eingetreten sei oder ob der Beklagte das Recht habe, weiterhin die Abweisung der Klage zu verlangen. Auf die materiellrechtliche Seite des Klaganspruchs brauche man nicht einzugehen, weil Streitgegenstand nicht mehr der erhobene Klaganspruch, sondern die Prozeßbehauptung des Klägers sei, die Hauptsache sei erledigt. Wenn die Erledigung aber nicht eingetreten sei, dann habe der Kläger seinen Berufungsantrag jetzt lediglich auf eine dem Kläger günstige Kostenentscheidung beschränkt. Er könne dann keine günstigere Behandlung beanspruchen, als wenn er die Berufung ausdrücklich auf den Kostenpunkt beschränkt hätte.

Im vorhergehenden Falle hätte man also genauer argumentieren können: Von dem Zeitpunkt ab, in dem der Kläger von dem Klaganspruch zur Erledigung überging (Fall einer ohne Zustimmung des Beklagten zulässigen Klagänderung), war der Streitgegenstand nur noch die Frage der Erledigung. Durch das die Erledigung feststellende Urteil war der Beklagte zwar formell beschwert, da er sich ja in der Vorinstanz

gegen dieses Urteil gewehrt hatte. Mit der Berufung hätte er aber eben nur die Beseitigung gerade dieser Beschwer fordern können. Er hätte also nur die Aufhebung des Urteils und Abweisung der F e s t s t e l l u n g s klage (Feststellung der Erledigung) verlangen können (weil die Hauptsache n i c h t erledigt sei), nicht aber Abweisung der ursprünglichen Leistungsklage, über die das Urteil ja gar nicht entschieden hatte. Forderte er aber mit dem Rechtsmittel die Abweisung der Leistungsklage, dann war - so müßte man folgern - das ganze Rechtsmittel unzulässig, eben weil dieser Antrag ins Leere ging.

Man muß aber doch einmal fragen, ob diese Verknüpfung eigentlich sinnvoll ist. Der Beklagte will ja gerade in diesem Fall durchaus seine formelle Beschwer - das ganze erstinstanzliche Urteil - beseitigen. Er hat nur materiellrechtlich keine Chance, dies zu erreichen. Der Umstand, daß er darüber hinaus eine Klage abgewiesen haben will, die gar nicht mehr erhoben wurde und über die gar nicht entschieden worden ist, kann doch zunächst einmal aus dem Spiele bleiben angesichts der Tatsache, daß der Beklagte mit dem Rechtsmittel p r i m ä r das bestehende Urteil beseitigen will.
Hier wird deutlich, daß man sorgfältig bedenken muß, wieweit der Kreis der Umstände gezogen werden darf, die für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels entscheidend sein sollen. Hier wird dem Beklagten von vornherein ein Rechtsmittel verwehrt, weil er damit das, was ihm letztlich als Ziel vor Augen steht, nicht erreichen kann. Es fragt sich, ob man nicht zu einfacher und einleuchtender zu begründenden Entscheidungen käme, wenn man lediglich auf das Merkmal der formellen Beschwer und darauf abstellen würde, ob der Rechtsmittelkläger sich gegen diese formelle Beschwer wendet. In diesem Fall hätte man dann das Rechtsmittel für zulässig halten können. Es hätte dann weiter keine Schwierigkeit gemacht, das Rechtsmittel als unbegründet zu verwerfen.
So aber hat man praktisch alles in einen Topf geworfen. Im Rahmen der Zulässigkeit der Berufung gegen das Urteil, das lediglich die Erledigung der Hauptsache feststellt,

ist gleichzeitig geprüft worden, ob dem Beklagten ein besonderes Rechtsschutzinteresse an der Feststellung zukommt, daß der ursprüngliche Klaganspruch nicht bestanden hat. Wenn es sich hier um zwei verschiedene Streitgegenstände handelt, dann muß das auch folgerichtig bei der Prüfung auseinandergehalten werden, ob ein Rechtsmittel zulässig ist. Diese Trennung aber würde umso leichter fallen, je mehr man die Zulässigkeitskriterien für ein Rechtsmittel einmal der Zahl nach und zum anderen auf leicht feststellbare Merkmale beschränken würde. Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis gehört aber ganz gewiß nicht zu den letzteren.

Wie notwendig eine solche Präzisierung des Begriffes Beschwer ist, zeigt sich sogleich an dem letzten, vom OVG Münster entschiedenen Fall. Wenn von dem Zeitpunkt an, in dem der Kläger vom Klagantrag zum Erledigungsantrag überging (d.h. also hier vom Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung an), Streitgegenstand die Frage war, ob die Erledigung materiell eingetreten war, dann hätte man doch im Falle der tatsächlich eingetretenen Erledigung das Rechtsmittel als begründet ansehen und das erstinstanzliche Urteil aufheben müssen. Dann konnte man aber doch nicht bei Nichteintritt der Erledigung das Rechtsmittel als unzulässig zurückweisen. Die Prüfung der Erledigung kann doch nicht, falls sie positiv ausfällt, Sachprüfung sein und falls sie negativ ausfällt, Zulässigkeitsprüfung. Die Frage der Erledigung muß vielmehr, da sie selbst Streitgegenstand ist, als Kriterium für die Zulässigkeit ausscheiden. Wie soll aber die Zulässigkeit festgestellt werden? Hier bietet sich die formelle Beschwer durch das erstinstanzliche Urteil wie von selbst an. Der Kläger will eben diese Beschwer ja auch beseitigen. Die beiden Merkmale reichen als Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Rechtsmittel aus. Zieht man den Kreis der Voraussetzungen weiter, dann werden, wie hier, unversehens Sachfragen des Streitgegenstandes zu Zulässigkeitsvoraussetzungen. In diesem Falle hätte also das Rechtsmittel als zulässig aber unbegründet zurückgewiesen werden müssen.

Schließlich ist es doch sehr fraglich, ob man, wie das OVG Münster es will, prüfen kann, ob die Erledigung materiell eingetreten ist, o h n e die materiellrechtliche Seite des Klaganspruches zu berühren.

Diese Neigung, Fragen der Begründetheit in die Zulässigkeitsprüfung mit einzubeziehen, hat wohl immer schon bestanden. Auch das RG (54, 345) hatte schon Anlaß, auf diesen Fehler hinzuweisen. In diesem Falle hatte der Kläger zur Sicherung des Anspruches aus einer Hypothek an zwei Grundstücken die Zwangsverwaltung erwirkt. Nachdem der Beklagte Kapital und Zinsen gezahlt, aber die Zahlung der Zwangsverwaltungskosten verweigert hatte, wurde die Zwangsverwaltung durch Urteil entgegen dem Antrag des Klägers aufgehoben. Die Berufung des Klägers wurde vom Berufungsgericht als unzulässig zurückgewiesen. Das Reichsgericht erklärte jedoch, im Revisionsverfahren die Berufung für zulässig. Der Berufungsrichter, so heißt es, habe die Berufung als sachlich unbegründet zurückweisen müssen, wenn er der Ansicht gewesen sei, daß der Kläger kein Recht auf Sicherung seines Kostenerstattungsanspruches durch die fortgesetzte Zwangsverwaltung habe, da diese Auffassung den Charakter eines sachlichen Entscheidungsgrundes habe. Auch sei es falsch, anzunehmen, daß der Kläger mit der Berufung keinen richterlichen Ausspruch über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung für die Vergangenheit mehr verlangen dürfe, nur weil die einstweilige Verfügung sich nunmehr durch die Bezahlung von Kapital und Zinsen erledigt habe. Daran ändere auch der Umstand nichts, daß der Kläger in die Löschung des Grundbuchvermerks und in die Aufhebung der Zwangsverwaltung eingewilligt habe. Den Anspruch auf Kostenersatz habe er ja nicht aufgegeben.

Die Fehlentscheidung des Berufungsgerichtes wäre in diesem Fall höchstwahrscheinlich vermieden worden, wenn man sich eines engen und scharf begrenzten Begriffes der Beschwer bedient hätte. Die Begründung des Berufungsgerichts wird nicht mitgeteilt; jedoch wird es das Rechtsmittel vermut-

lich mangels Rechtsschutzbedürfnisses (pauschale Denkweise: Der Kläger ist mit seiner Hauptforderung befriedigt, also benötigt er keine Sicherung mehr; auch braucht er überhaupt nicht weiter zu prozessieren; ihm kann daher kein Rechtsschutzinteresse mehr zugebilligt werden) als unzulässig verworfen haben. Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis spielt in allen diesen Fällen der Erledigung der Hauptsache auch heute noch eine große Rolle.

Wenn der Kläger schon in erster Instanz die Hauptsache für erledigt erklärt, die Klage aber dennoch abgewiesen wird und der Kläger mit der Berufung weiterhin die Erledigungserklärung erstrebt, dann soll nach Ansicht des BGH[8)] die Zulässigkeit vom Rechtsschutzbedürfnis des Klägers abhängen. In diesem Fall hatten zwei Schwestern gegen die Witwe ihres verstorbenen Bruders auf Abgabe einer Erklärung gegenüber der Stadt geklagt, wonach die Klägerinnen über das Grab allein verfügungsberechtigt seien. Da die Beklagte schon vor Klagerhebung eine entsprechende Erklärung hatte abgeben lassen, erklärten die Klägerinnen die Hauptsache für erledigt und begehrten eine Kostenentscheidung. Das LG wies die Klage auf Antrag der Beklagten als von vornherein unbegründet ab.[8a)] Die Berufung der Klägerinnen wurde vom OLG und auch vom BGH mangels Rechtsschutzbedürfnisses für unzulässig gehalten. Dem BGH ist allerdings beizupflichten, wenn er "im Interesse der dogmatischen Sauberkeit" Bedenken darüber äußert, ob man neben der formellen ("technischen") Beschwer auch noch darauf abstellen solle, ob in materieller Hinsicht zwischen den Parteien noch ein Streit über den Prozeßgegenstand der Hauptsache bestehe, weil man dann neben den wenigstens auf Seiten des Klägers formal zu bestimmenden Begriff der Beschwer im technischen Sinne noch einen Begriff der Beschwer im materiellen Sinne setze.

Wie berechtigt diese Bedenken sind, zeigt die weitere Argumentation derselben Entscheidung. Der BGH will ja zur

8) Vgl. o.S.31; BGH NJW 58, 995, V. Sen.

8a) Wenn man davon ausgeht, daß Streitgegenstand nur noch die Frage der materiellen Erledigung war, dann war die Abweisung der Klage als unbegründet falsch; so Göppinger, S. 288 Anm. 5.

weiteren Differenzierung das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis heranziehen. Er meint, die Beschwer sei zwar ein Ausfluß der Erforderlichkeit des Rechtsschutzbedürfnisses. Dieses erschöpfe sich aber nicht in jenem, sondern werde auch durch die m a t e r i e l l e R e c h t s - und I n t e r e s s e n l a g e (Hervorhebung vom Verf.) beeinflußt. Ob ein Rechtsschutzbedürfnis vorliege, hänge vom Interesse des Rechtsschutzbegehrenden und der Schutzwürdigkeit dieses Interesses ab; und zwar müsse sich das Interesse im Hinblick auf § 99 I ZPO auf die Entscheidung der Hauptsache beziehen. Der BGH stellt nun hierfür einige vage Richtlinien auf: Das schutzwürdige Interesse, bei materieller Erledigung der Hauptsache die Klagabweisung durch Erledigungserklärung zu ersetzen oder umgekehrt, werde meist fehlen, wenn das Erledigungsereignis vom Kläger selbst herbeigeführt worden sei. Es könne aber auch dann fehlen, wenn das Erledigungsereignis ohne Zutun des Klägers (Rechtsmittelklägers),vielleicht sogar durch das Verhalten der Gegenpartei eingetreten sei; andererseits könne auch bei seiner Herbeiführung durch den Kläger ein rechtsschutzwürdiges Interesse ausnahmsweise fortbestehen.

Der BGH läßt es zwar ausdrücklich dahingestellt, ob neben der formellen Beschwer noch eine materielle Beschwer anzuerkennen sei. Aber wie schon gezeigt, werden ohnehin mit dem Begriff der materiellen Beschwer gerade die Gesichtspunkte erfaßt, die der BGH hier mit der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses berücksichtigt wissen will.

Der BGH tut also genau dasjenige, wogegen er anfangs Bedenken geäußert hatte, denn das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis und die materielle Beschwer sind weitgehend einunddasselbe.
Nun könnte man sich ja, da diese Argumentation durchaus zu tragbaren Ergebnissen für die P a r t e i e n führt, mit einer gewissen Beeinträchtigung der dogmatischen Sauberkeit abfinden, wenn letztere lediglich um ihrer selbst willen, aus "denk-ästhetischen" Gesichtspunkten, erstrebenswert wäre. Die Beschwer hat aber als Rechtsmittelvoraus-

setzung neben der Förderung des Rechtsfriedens die ganz konkrete Aufgabe zu erfüllen, die Instanzgerichte vor Arbeit zu bewahren, die sich nicht "lohnt", was, wie Baur (Festschrift für Lent S. 10) überzeugend dargelegt hat, den eigentlich tragenden Grund für diese Institution darstellt. Die Obergerichte sollen nur unter bestimmten Voraussetzungen überhaupt mit einer sachlichen Prüfung des Streitgegenstandes beginnen. Diese Voraussetzungen sind, mit einfachen Worten und noch unscharf ausgedrückt: 1. Benachteiligung durch das vorinstanzliche Urteil (evtl. gemessen an dem, was der Rechtsmittelkläger begehrt hatte). 2. Diese Benachteiligung muß in Geldeswert geschätzt eine bestimmte Summe erreichen (Rechtsmittelsumme). 3. Der Rechtsmittelkläger muß mit dem Rechtsmittel die Benachteiligung mindestens in Höhe der Beschwerdesumme beseitigen wollen (= der Beschwerdegegenstand muß wertmäßig mindestens in Höhe der Rechtsmittelsumme mit der Benachteiligung durch das Urteil identisch sein).

Der BGH meint ja nun selber, daß das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis auch durch die materielle Rechts- und Interessenlage beeinflußt werde. Zur Feststellung des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses muß sich das Instanzgericht auch schon mit der Sachprüfung befassen. Fügt man aber zu den oben genannten Merkmalen ein solches Kriterium für die Zulässigkeitsprüfung hinzu, dann bewahrt diese doch nicht mehr, wie vorgesehen, das Instanzgericht vor der Sachprüfung; sie verliert vielmehr ihre Funktion als ein prozessuales Hilfsmittel, das Arbeit ersparen soll; und zwar verliert sie diese Funktion umso mehr, je mehr das Instanzgericht gezwungen ist, zur Feststellung der Zulässigkeit eines Rechtsmittels Erwägungen anzustellen, die eigentlich zur Prüfung der Begründetheit gehören. Wie im Abschnitt über den unbezifferten Klagantrag an einem Fall zu zeigen sein wird, kann das so weit führen, daß die Zulässigkeitsprüfung ihre Funktion völlig verliert[9)].

Man könnte also den allgemeinen Satz aufstellen:

9) Vgl. hierzu vor allem Pohle, Festschr. f. Lent S. 195 ff. (206); ZZP 64, 94 ff.; dann auch die Kritik an dieser Entscheidung von Göppinger S. 288 Anm. 5; Baumgärtel ZZP 67, 423 ff. (429 f.).

Ein Umstand ist als Merkmal für die Zulässigkeitsprüfung nicht geeignet, sobald seine Feststellung dieselben Erwägungen erfordert, die zur Prüfung der Begründetheit erforderlich sind, denn dann könnte das Gericht g l e i c h in die Sachprüfung eintreten.

Ein anderes Bedenken gegen die Heranziehung des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses als Kriterium der Zulässigkeit des Rechtsmittels ist allgemeiner Art.
Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis für den Klaganspruch gehört zu den Prozeßvoraussetzungen, die auch schon in der Vorinstanz zu prüfen sind. Fehlt hier das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis, dann wird die K l a g e als u n z u l ä s s i g abgewiesen. Ein Rechtsmittel gegen dieses Urteil wird aber als z u l ä s s i g angesehen werden müssen, weil der Kläger doch die Möglichkeit haben muß, daß die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses in der nächsten Instanz überprüft wird. An einer formellen Beschwer fehlt es jedenfalls auch nicht. Stellt sich in der Rechtsmittelinstanz heraus, daß das Rechtsschutzbedürfnis wirklich fehlt, dann wird das Rechtsmittel doch als u n b e g r ü n d e t und nicht als u n z u l ä s s i g verworfen.
Ist aber die Klage in der Vorinstanz als unbegründet abgewiesen worden und entfällt nun etwa zwischen den Instanzen das Rechtsschutzbedürfnis, dann soll also das Rechtsmittel u n z u l ä s s i g sein. Man muß sich doch fragen, ob solche Umstände, deren Nachprüfung ebenfalls Aufgabe des Instanzgerichtes sein kann (erster Fall: Klage wegen mangelnden R e c h t s s c h u t z b e d ü r f n i s s e s als unzulässig abgewiesen), und deren Vorliegen dann Voraussetzung für die B e g r ü n d e t h e i t des Rechtsmittels ist, in anderen Fällen Voraussetzung für die Z u l ä s s i g k e i t des Rechtsmittels sein können. Das ist sehr zu bezweifeln. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Rechtsmittels sind von den allgemeinen Prozeßvoraussetzungen und gar von den materiellrechtlichen Voraussetzungen des Klaganspruches scharf zu trennen. Jene betreffen lediglich die mehr äußerliche Frage, ob der Prozeß, ungeachtet des

derzeitigen Standes der materiellen und allgemeinen prozessualen Voraussetzungen vor einem anderen, qualifizierter besetzten Gericht weitergeführt werden kann. Das Instanzgericht hat grundsätzlich alle diese allgemeinen prozessualen und materiellen Klagevoraussetzungen wie das vorinstanzliche Gericht auch zu prüfen. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Rechtsmittels sind viel spezieller und von ihrem Zweck her scharf begrenzt. Sie dürfen mit den allgemeinen Prozeßvoraussetzungen nicht verwechselt werden. Deshalb ist auch das Rechtsmittel des Klägers, dessen Klage in der Vorinstanz mangels Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abgewiesen wurde, zwar zulässig, aber unbegründet, weil die Klage nach wie vor unzulässig ist. Man verwechselte bisher weitgehend die Prozeßvoraussetzungen mit den Rechtsmittelvoraussetzungen. Ein Rechtsmittel ist aber nicht unzulässig, weil eine Prozeßvoraussetzung fehlt, sondern kann deshalb immer nur unbegründet sein, genauso wie es unbegründet ist, weil die Klage unbegründet ist.
Allgemein ist anerkannt, daß die Zulässigkeitsvoraussetzungen für ein Rechtsmittel in der Statthaftigkeit, Wahrung von Frist und Form und in der Beschwer bestehen (vgl. etwa Jent-Jauernig Lb. S. 204). Nur die Unschärfe des Begriffes der Beschwer ermöglichte es, daß unter seinem Deckmantel weitere Voraussetzungen zur Zulässigkeit gezogen wurden, wie etwa das den Klaganspruch selbst betreffende allgemeine Rechtsschutzbedürfnis.
Zwar sind die Rechtsmittelvoraussetzungen, soweit sie hier interessieren, Ausprägungen des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses, aber sie sind a l l e s a m t eng umgrenzt, "vertypt". Sie bestehen l e d i g l i c h darin, daß der Rechtsmittelkläger in Höhe eines ganz bestimmten Wertes durch das vorinstanzliche Urteil benachteiligt (= "beschwert") ist und daß er mit dem Rechtsmittel diese Beschwer auch mindestens in Höhe dieses Wertes zu beseitigen sucht.

Eine etwas spätere Entscheidung richtet sich in der grundsätzlichen Konzeption ganz nach dem vom BGH entwickelten Schema,

wenngleich sie bei der Bewertung der einzelnen Faktoren dann doch eher der älteren Rechtsprechung zuzuneigen scheint. In diesem Fall (BGH LM § 91a ZPO Nr. 11, VII. Sen.) hatte die Klägerin in der Berufungsinstanz ihre ursprünglich erhobene Feststellungsklage für erledigt erklärt. Trotzdem hatte das Berufungsgericht diese Klage abgewiesen. Die Revision, mit der die Klägerin wiederum die Erledigungserklärung beantragt hatte, wurde für unzulässig erklärt. Der BGH führt u.a. aus, der Beschwerdewert (§ 546 I ZPO) richte sich nicht danach, welches Rechtsmittel im Einzelfall zulässig sei und nach welchem S t r e i t wert die Kosten und Gebühren zu berechnen seien. Maßgebend sei allein, inwieweit der Rechtsmittelkläger durch das angefochtene Urteil in Wahrheit belastet sei. Das sei er in einem Fall wie hier nur in Höhe der durch die Feststellungsklage verursachten Kosten. Die Klägerin habe in ihrem Hilfsantrag die negative Feststellungsklage sachlich nicht mehr aufrechterhalten, sie sei also durch die Aberkennung jenes Feststellungsbegehrens tatsächlich nicht benachteiligt. Die sie belastenden Folgen des Urteils, gegen sie sich wende, bestünden hinsichtlich der Feststellungsklage nur darin, daß sie insoweit Kosten zu tragen hätte (ähnlich auch OLG München Bay JMBl 55, 119). Deswegen sei der Wert des Beschwerdegegenstandes für die Feststellungsklage auch nur nach diesen bis zur Revisionseinlegung entstandenen Kosten zu berechnen.

Das Wesentliche an dieser Entscheidung ist, daß im Falle der Erledigung die Möglichkeit einer Beschwer durchaus anerkannt wird, während früher teilweise viel formaler argumentiert wurde: Dem unterlegenen, vor Rechtsmitteleinlegung befriedigten Beklagten wurde etwa entgegengehalten, gegen eine nicht mehr aufrecht gehaltene Klage könne er sich ja nicht verteidigen. Auch das vielzitierte Argument aus § 99 I ZPO wird nicht mehr verwendet. Alles ist nunmehr eine Frage der Bewertung der Benachteiligung; es kommt nur darauf an, ob dieser Wert die Rechtsmittelsumme erreicht. Der Wert des Beschwerdegegenstandes soll hier allerdings in Höhe des Kosteninteresses liegen.

Ein Interesse der Rechtsmittelklägerin etwa an der Beseitigung der Rechtskraftwirkung (evtl. Feststellung, daß der geleugnete Anspruch doch besteht!) wird nicht in Betracht gezogen. Im Ergebnis (geringe Bewertung des Interesses[10]) unterscheidet sich dieses Urteil also nicht von der weit verbreiteten früheren Rechtsprechung. Nur der Bereich, in dem die Entscheidung durch Wertung getroffen wird, hat sich verschoben oder besser, eingeengt (Wert der Belastung durch das vorinstanzliche Urteil). Nach demselben Grundsatz bejahte das OLG München die Beschwer in einem Fall[11], Es sei ausreichend, so heißt es hier, daß der Kläger die zur Hauptsache ergangene Entscheidung angegriffen habe, weil sie seinen Anträgen nicht entsprochen habe und daß die umstrittenen Kosten die Rechtsmittelsumme erreichten.

Mit dieser nunmehr vom BGH anerkannten Konstruktion - Bejahung der formellen Beschwer, weitere Differenzierung mit dem Rechtsschutzbedürfnis oder mit einer aus dem Urteil sonst noch hervorgehenden materiellen Beschwer - ist jedenfalls der Billigkeitsentscheidung, die ganz auf die Umstände des Einzelfalls abstellt, Tür und Tor geöffnet.

An einigen Fällen soll nun gezeigt werden, welche Argumente im einzelnen eine Rolle spielen.
In einem vom OLG Koblenz (ZZP 65, 285) entschiedenen Fall hatte eine Firma beabsichtigt, einen Jubiläumssonderverkauf zu veranstalten. Die Konkurrenz erwirkte dagegen eine einstweilige Verfügung, die jedoch vom LG durch Urteil aufgehoben wurde. Trotzdem nahm die Firma nunmehr Abstand von dem Sonderverkauf. Die Antragstellerin legte jedoch Berufung ein mit dem Antrag, die Hauptsache für erledigt zu erklären und die Kosten beider Rechtszüge der Antragsgegnerin aufzuerlegen.
Das Gericht hielt ein Rechtsschutzinteresse an einer Anfechtung der Entscheidung zur Hauptsache (in Klammern als "Beschwer" bezeichnet) für gegeben. Dieses fehle zwar,

10) Vgl. die Kritik von Göppinger S. 288 f.
11) NJW 59, 2219; vgl. auch schon OLG München Bay JMBl 55,119; RG JW 10, 151.

wenn der Anspruch nach der letzten mündlichen Verhandlung in erster Instanz durch das Verhalten des Rechtsmittelklägers oder durch das vertragliche Zusammenwirken beider Parteien erloschen sei, wenn z.B. der Kläger abgewiesen worden sei, aber vor Berufungseinlegung die Klagsumme vom Beklagten vorbehaltlos angenommen habe oder sich die Hauptsache durch seinen Verzicht oder durch Vergleich erledigt habe. In diesem Fall sei der Hauptanspruch aber durch das einseitige Verhalten der Antragsgegnerin weggefallen. Daher liege eine Beschwer vor.
Daraufhin wird die Zulässigkeit aber noch weiter davon abhängig gemacht, daß die Rechtskraftwirkung des Urteils erster Instanz für die Antragstellerin ungünstiger sei als die eines Urteils, das die Erledigung der Hauptsache feststelle; das wird schließlich mit dem Hinweis auf einen nach § 945 ZPO möglichen Schadensersatzanspruch bejaht.
Die Entscheidung stellt überhaupt nicht auf eine formelle Beschwer ab, sondern auf das Rechtsschutzinteresse, das auch als"Beschwer"bezeichnet wird. Die Anführungszeichen sollen wohl die Unsicherheit des Begriffs kennzeichnen. Sachlich geben zwei Umstände den Ausschlag: Einmal das Verhalten des Rechtsmittelklägers (es war ja die Antragsgegnerin, die durch ihr willkürliches Verhalten die einstweilige Verfügung gegenstandslos gemacht hat) und dann die Rechtskraftwirkung des Urteils, die für einen nach § 945 ZPO möglichen Ersatzanspruch von Bedeutung gehalten wird.

Auch das OLG Hamburg (NJW 55, 1115) ließ eine Berufung zu, obwohl das die Hauptsache erledigende Ereignis in die Zeit zwischen der Verkündung des angefochtenen Urteils und der Einlegung der Berufung fiel. Es hielt ausdrücklich im Gegensatz zu einer "verbreiteten Meinung" , die anderer Ansicht sei, eine Beschwer des Rechtsmittelklägers für gegeben, einmal weil das Gericht erster Instanz entgegen seinem Antrag entschieden habe und deshalb eine formelle Beschwer gegeben sei; zum andern, weil der Rechtsmittelkläger auch materiell dadurch beschwert sei, daß die Rechtskraftwirkung des Urteils für einen eventuellen An-

spruch aus § 945 ZPO maßgebend sei. Auch stehe dieser Entscheidung nicht der Grundgedanke des § 99 ZPO entgegen, der eine isolierte Kostenentscheidung nur deshalb verhindern wolle, um einen Widerspruch zwischen den Entscheidungen über die Hauptsache und die Kosten zu vermeiden. Durch die übereinstimmende Erledigungserklärung der Parteien sei aber das Urteil des LG gegenstandslos geworden und es müsse eine neue einheitliche Kostenentscheidung getroffen werden. Die Gefahr einer abweichenden Entscheidung bestehe also nicht. Man wird diesen Gedanken wohl so noch verdeutlichen können: Die wirkliche Sachentscheidung verliert ihre Bedeutung und die Kostenentscheidung nach § 91a ZPO geht immer von einer neuen, fiktiven Sachentscheidung aus, so daß ein solcher Widerspruch gar nicht auftreten kann[12].

Auch hier wird sowohl auf die formelle als auch auf die materielle Beschwer abgestellt. Die formelle Beschwer allein genügt offenbar nicht.
Das OLG Stuttgart (ZZP 74, 467) führt in einer längeren Entscheidung einen ganzen Katalog von Argumenten für die Zulässigkeit des Rechtsmittels auf, wobei die Interessen des Rechtsmittelklägers mehr als bisher berücksichtigt werden. In diesem Fall hatten die Kläger vor Erlaß des klagabweisenden Urteils durch die Entgegennahme von vordatierten Schecks (worin eine Stundung gesehen wurde) ihren Klaganspruch selbst zu Fall gebracht. In der Berufungsbegründung erklärten sie und daraufhin auch die Beklagte die Hauptsache für erledigt. Die Beklagte beantragte, die Kosten den Klägern aufzuerlegen.
Das OLG hält die Meinung für bedenklich, wonach ein Rechtsmittel nur deshalb abzulehnen sei, weil der Rechtsmittelkläger damit eine andere Kostenentscheidung erstrebe und verweist auf Göppinger S. 287 ff., 290 ff. (Begründung wie in der vorhergehenden Entscheidung). Die h.M. vermenge in unzulässiger Weise den materiellen und prozessualen Anspruch. Der materielle Anspruch werde durch das "erledigende" Ereignis nicht erledigt, sondern unbegründet, was für die Frage

12) Vgl. Göppinger S. 295.

der Beschwer grundsätzlich außer Betracht zu bleiben habe. Der Rechtsstreit selbst erledige sich nur durch übereinstimmende Erledigungserklärungen der Parteien oder durch die richterliche Feststellung der Erledigung. Die Erledigung habe im zweiten Rechtszug die Wirkung, daß das erstinstanzliche Urteil wirkungslos werde, statt zum Nachteil des Rechtsmittelklägers in Rechtskraft zu erwachsen. Diese drohende Rechtskraft eines praesumptiv falschen Urteils stelle grundsätzlich die vom Kosteninteresse unabhängige Beschwer des Rechtsmittelklägers dar.

Es wird dann ausgeführt, der Kläger könne etwa praktisch dadurch benachteiligt sein, daß seine Klage mit der Begründung abgewiesen worden sei, er habe den Vertrag betrügerisch erschlichen. Auch könnten evtl. die Voraussetzungen eines Anspruches aus § 945 ZPO präjudiziert werden. Der Kläger, dessen Anspruch mangels Fälligkeit als derzeit unbegründet abgewiesen worden sei, müsse befürchten, daß die Rechtskraft eines solchen nach seiner Meinung falschen Urteils späterhin Ansprüche präjudizieren könne, die er aus dem Verzug des Beklagten herzuleiten gedenke. Der Feststellungskläger, dessen Interesse an "alsbaldiger Feststellung" durch Zufall weggefallen sei, möge allen Grund haben, die Feststellung des kontradiktorischen Gegenteils seiner Behauptung zu verhindern, die nach herrschender Meinung mit einer rechtskräftigen Klagabweisung verbunden wäre; ob er Grund dazu habe, das werde bezeichnenderweise häufig von einer noch ganz unabsehbaren künftigen Entwicklung der Dinge abhängen. Es sei unpraktisch, diese vielfältigen und häufig beweisbedürftigen Fragen in die Zulässigkeitsprüfung einzubeziehen. Man könne dem Rechtsmittelkläger billigerweise das Risiko nicht zumuten, daß das Gericht diese Fragen dann doch anders als er selbst beurteilen und ihn deshalb schon durch Prozeßurteil abweisen werde.

Auch stelle sich ja der Rechtsmittelkläger, der das erledigende Ereignis zunächst bestreite, unberechtigterweise besser als derjenige, der es nicht bestreite. [13]

Der Berufungskläger könne häufig auch noch gar nicht über-

13) Vgl. Göppinger S. 292 Anm. 19.

sehen, ob sich der Gegner der Erledigungserklärung anschliessen werde. Sein Gegner werde diese Erklärung vielleicht aus tatsächlichen Gründen verweigern oder etwa, weil er die vom erkennenden Senat abgelehnte Ansicht vertrete, für eine Erledigung sei nur Raum, wenn der Klaganspruch anfänglich begründet gewesen sei. In diesem Falle wäre die Berufung zulässig. Die Zulässigkeit des Rechtsmittels könne aber nicht davon abhängen, wie sich der Gegner darauf einlassen werde. Die Beschwer des Rechtsmittelklägers sei grundsätzlich zu bejahen, außer wenn der unterlegene Kläger oder Beklagte willkürlich die Erledigung herbeiführe. Das sei aber nicht schon der Fall, wenn der unterlegene Kläger "vorbehaltlos" eine Zahlung des Beklagten annenme. Der Kläger müsse doch die Folgen des Gläubigerverzuges abwenden können.[14)]

Die Summe all dieser verschiedenen Umstände gibt schließlich den Ausschlag zugunsten der Zulässigkeit des Rechtsmittels. Die "Beschwer" ist hier der Inbegriff all dieser für den Rechtsmittelkläger möglichen Nachteile, die mit der Rechtskraftwirkung des Urteils verknüpft sind. Es wird aber auch erkannt, daß im Interesse einer klaren und schnell zu erlangenden Zulässigkeitsentscheidung nicht auf die einzelnen, möglicherweise für den Rechtsmittelkläger nachteiligen Umstände abgestellt werden sollte, was eine langwierige Prüfung der einzelnen Punkte zur Folge haben könnte, sondern daß man zweckmäßigerweise pauschal auf die p o t e n t i e l l nachteilige Rechtskraftwirkung des klagabweisenden Urteils, also die formelle Beschwer abstellen muß. Gleichzeitig ist aber auch hier das Rechtsschutzbedürfnis ein Bestandteil der Beschwer. Die Beschwer soll ja ausnahmsweise fehlen, wenn der unterlegene Kläger oder Beklagte willkürlich die Erledigung herbeiführt. In diesem Fall "verdient" er weiteren Rechtsschutz nicht. Hier wäre wiederum einzuwenden, daß dies eigentlich eine Frage der Begründetheit des Rechtsmittels sein sollte.

In einem anderen Falle (LG Braunschweig, Nied.sächs.Rpflege 63, 252) war eine Unterhaltsklage in erster Instanz abgewie-

14) Vgl. Göppinger S. 294

sen worden. Der Beklagte hatte anschließend dennoch den Klaganspruch anerkannt. Der Kläger legte Berufung ein, mit dem Antrag, die Hauptsache für erledigt zu erklären. In den Gründen wird zunächst ausgeführt, die Erledigung der Hauptsache nach dem Urteil erster Instanz und vor Berufungseinlegung beseitige an sich die Beschwer, die im Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung vorliegen müsse. Hier wird unter Beschwer wohl Benachteiligung in einem ganz weiten Sinne verstanden, denn in der Entscheidung heißt es weiter, die Divergenz zwischen Antrag und Urteil ergebe eine formelle Beschwer, die auch nach Erledigung der Hauptsache fortbestehe, weil das Urteil dadurch in seinem Bestande nicht berührt werde. Es würde in Rechtskraft erwachsen und den Kläger auch materiell beschweren. Ein solches Urteil führe vielleicht zu Zweifeln über den Unterhaltsanspruch des Klägers und könne dem Kläger infolgedessen nachteilig sein, wenn die Kondiktion des Unterhaltstitels auch im Hinblick auf die §§ 815, 817 BGB bedenklich sei. Die Rechtskraft des Urteils sei besonders bedeutsam im Hinblick auf eine evtl. notwendig werdende Unterhaltserhöhung und Erweiterung auf das 17. und 18. Lebensjahr.
Es könne dahinstehen, ob nicht bereits die Kostenentscheidung des klagabweisenden Urteils eine Beschwer begründe, oder ob das wegen § 99 I ZPO nicht der Fall sei. Es sei nicht richtig, daß trotz Klagabweisung die Beschwer fehle, wenn - wie hier - die Erledigung der Hauptsache vom Beklagten bewirkt werde. Die vom Kläger aufgestellte Rechtsbehauptung sei infolge der Erledigung der Hauptsache nicht unrichtig geworden. Lediglich das Rechtsschutzinteresse des Klägers an ihrer gerichtlichen Bestätigung sei entfallen. Dem trage der Kläger jedoch mit dem Antrag Rechnung. Es spiele keine Rolle, daß der Kläger den Schuldtitel (notarielle Urkunde) gegen den Beklagten entgegengenommen habe. Es sei ihm wegen des Annahmeverzugs nicht zumutbar gewesen, den Titel zurückzuweisen.

Schon im ersten Abschnitt wurde darauf hingewiesen, wie sehr die Bedeutung des Begriffes Beschwer schwankt. Auch

diese Entscheidung verwendet den Begriff nicht einheitlich. Es sei nur auf die anfängliche Feststellung hingewiesen, die Erledigung beseitige "an sich" die Beschwer (nämlich die Beschwer mit Einschluß des Rechtsschutzbedürfnisses). Dann wird aber zwischen formeller Beschwer und der weiteren Benachteiligung unterschieden. An dieser Entscheidung zeigt sich aber vor allem, wie die Trennung zwischen Beschwer und Rechtsschutzinteresse es doch eher ermöglicht, dem Interesse des Rechtsmittelklägers bei dieser speziellen Prozeßlage Rechnung zu tragen. Wenn man schon die beiden Kategorien der formellen Beschwer und des Rechtsschutzinteresses (statt eines einzigen undifferenzierten Begriffes der Beschwer) hat, dann beachtet man auch in höherem Maße die Nachteile, die eben gerade in der bloßen Existenz etwa eines klagabweisenden Urteils für den Kläger liegen, selbst wenn dieser an sich nach Erlaß des Urteils doch das vom Beklagten bekommen hat, was er mit der Klage erreichen wollte. Bei einer pauschalen, undifferenzierten Betrachtungsweise, die näher liegt, wenn auch nur eine pauschale, undifferenzierte Ausdrucksmöglichkeit vorhanden ist, neigt man eher dazu, nur darauf abzuheben, ob der Kläger sein "eigentliches" Prozeßziel erreicht hat, oder wenigstens dazu, diesem Umstand das größere Gewicht beizulegen. So entspricht der Weiterentwicklung des Begriffs der Beschwer mit der Unterscheidung zwischen formeller Beschwer und Rechtsschutzbedürfnis anscheinend auch ein wenig die Änderung in der Rechtsprechung zu der Frage der Erledigung der Hauptsache.

Das LG Saarbrücken[14b)] schließlich hält ein Rechtsmittel nach Wegfall des materiellen Anspruchs mit dem Ziel, das erstinstanzliche Urteil durch eine Erledigungserklärung zu ersetzen, in der Regel für zulässig. Ausnahmen hätten etwa zu gelten, wenn der abgewiesene Kläger befriedigt sei, oder verzichte, oder bei der Feststellungsklage das rechtliche Interesse verloren habe, oder der verurteilte Beklagte im Sinne der Anerkennung erfülle.

14b) MDR 56, 748

Diese ganze Rechtsprechung steht bis jetzt noch immer unter der Einschränkung, daß der Rechtsmittelkläger die Inanspruchnahme der Rechtsmittelinstanz auf jeden Fall dann nicht "verdient", wenn er selbst den Klaganspruch willkürlich in Wegfall bringt.

Das LG Freiburg (MDR 56, 303) geht hier noch einen erheblichen Schritt weiter. In diesem Falle wurde die Berufung des verurteilten Beklagten als zulässig angesehen, obwohl er selbst einen Tag vor Urteilsverkündung den Kläger befriedigt hatte. Es sei zwar richtig, so wird ausgeführt, (mit dem Hinweis auf Habscheid, MDR 54 S. 591), daß die Erledigungserklärung den Beklagten, der erfüllt habe, hinsichtlich der Rechtskraft-und Präklusionswirkung nicht besser stelle als das klagzusprechende Urteil, das er durch die Erledigungserklärung ersetzen wolle[15]. Dennoch fehle es nicht am Rechtsschutzbedürfnis. Ein Rechtsschutzbedürfnis sei für die Verteidigung des Beklagten nicht erforderlich (damit soll wohl gesagt werden, daß das Rechtsschutzbedürfnis in diesem Fall keiner besonderen Begründung bedürfe): Sein "Anspruch", bei unzulässiger oder unbegründeter Klage ein klagabweisendes Urteil zu erreichen, ergebe sich bereits aus der Tatsache, daß er verklagt worden sei. Das folge aus § 271 ZPO, wonach der Beklagte ein Urteil verlangen könne. Für ein Rechtsmittel genüge aber eine Beschwer, die immer dann vorliege, wenn - wie hier - eine Verurteilung ausgesprochen sei.
Der Begriff Beschwer wird hier einfach im Sinn von formalem Nachteil (also als formelle Beschwer) verstanden, der durch eine Verurteilung entsteht, wenn man den letzten Satz isoliert betrachtet. Man sollte nun meinen, damit stünde die Zulässigkeit des Rechtsmittels fest, wenn die übrigen Prozeßvoraussetzungen vorliegen. Das LG fährt aber fort, das Rechtsmittel sei auch deshalb zulässig, weil es das schnellere und billigere Mittel sei, um den Vollstreckungstitel zu beseitigen, als die Vollstreckungsabwehr-

15) Vgl. hierzu den gleichgelagerten Fall RG 149, 31. Hier hatte die verurteilte Beklagte nach Erlaß des Urteils und vor Einlegung der Berufung die Klagsumme bezahlt. Das RG nahm an, daß damit die Beschwer weggefallen sei.

klage. Diese aber sei, gleichgültig, ob die Zwangsvollstreckung schon begonnen habe, oder überhaupt vorbereitet sei, nach allgemeiner Ansicht schon zulässig, sobald der Titel vorliege. Sie werde auch nicht durch § 775 ZPO entbehrlich und gegen Mißbräuche schütze § 93 ZPO.
Dasselbe gelte für den Fall, daß der Beklagte erfülle und dann Berufung einlege; auch hier könne der Kläger durch sofortige Erledigungserklärung eine ihm nachteilige Kostenentscheidung vermeiden. Der Kläger werde daher nicht benachteiligt, wenn man in solchen Fällen die Berufung als einfacheres Mittel gegenüber der Vollstreckungsabwehrklage für zulässig halte. Es sei ausgesprochen unwirtschaftlich, den Beklagten auf § 767 ZPO zu verweisen, anstatt die Berufung zuzulassen.

Die Entscheidung geht zunächst von einer formellen Beschwer als Zulässigkeitsvoraussetzung aus. Wenn eine solche Beschwer für die Zulässigkeit wirklich genügt, dann ist es aber unnötig, wenn man noch als weiteres Argument für die Zulässigkeit den Umstand heranzieht, daß der Beklagte mit dem Rechtsmittel auf schnellere und billigere Weise den Vollstreckungstitel beseitigen könne, als mit der Klage gemäß § 767 ZPO. Man fragt sich, welches denn nun das eigentlich entscheidende Kriterium sein soll, die Benachteiligung durch das erstinstanzliche Urteil, diese weitere Erwägung wirtschaftlicher Art, oder ob etwa doch erst die Summe beider Argumente den Ausschlag geben soll. Abgesehen von dieser für die Begründung der Zulässigkeit charakteristischen Unsicherheit[16] hat hier die vermeintliche Notwendigkeit einer weiteren Begründung doch zu einem recht zweifelhaften Argument geführt.
Die Ziele, die mit beiden Rechtsbehelfen im allgemeinen verfolgt werden, unterscheiden sich doch grundsätzlich. Mit der Vollstreckungsgegenklage kann der Schuldner lediglich erreichen, daß auch eine Veränderung der Rechtslage

16) Vgl. die doppelte Begründung der Zulässigkeit in den Fällen OLG Düsseldorf NJW 57, 1365; OLG Koblenz ZZP 65, 285; BGH LM § 21 VAG Nr. 2; OLG Nürnberg MDR 59, 311; OLG Hamburg NJW 55, 1115; RG 36, 351.

nach dem Ende der letzten mündlichen Verhandlung noch berücksichtigt wird, und zwar nur in der Weise, daß die Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils, nicht aber dieses selbst, beseitigt wird. In diesem Falle führt das erstinstanzliche Gericht den Prozeß praktisch nur weiter, wobei der Prozeßstoff aber nunmehr auf Vorgänge beschränkt ist, die zeitlich nach der letzten mündlichen Verhandlung liegen. Die Berufungsinstanz hat eine ganz andere Aufgabe. Hier soll ein anderes, qualifizierter besetztes Gericht den ganzen Prozeß nocheinmal durchführen und neu entscheiden. Auch bei einer Erledigung der Hauptsache würde - sofern die Erledigungserklärung wie in diesen Fällen durch Urteil erfolgt - die zweite Instanz das erstinstanzliche Urteil aufheben und der Kostenentscheidung doch eine neue - wenn auch fiktive - Sachentscheidung zugrundelegen. Da hier also ein qualifizierter zusammengesetztes Gericht in Anspruch genommen wird, das eine wesentlich umfangreichere Aufgabe hat, als das erstinstanzliche Gericht bei der Vollstreckungsgegenklage, verlangt das Gesetz hier eben auch die besondere Voraussetzung der Beschwer. Die Beschwer kann also nicht damit begründet werden, daß man sagt, der Rechtsmittelkläger habe ein besonderes Interesse an der Berufung als dem schnelleren und billigeren Mittel, zur Beseitigung des Vollstreckungstitels gegenüber der Vollstreckungsgegenklage. Praktisch läßt sich damit die Zulässigkeit des Rechtsmittels in diesem Fall nur noch mit der in der Verurteilung liegenden Beschwer (formelle Beschwer) begründen, wobei das Gericht allerdings über die in dem anfangs erwähnten Grundsatz liegende Interessenabwägung hinweggeht, wonach der Rechtsmittelkläger kein Rechtsmittel "verdiene", wenn er selbst willkürlich die Erledigung herbeiführe.
Die Entscheidung zeigt jedenfalls, wie unsicher die Begründung der Zulässigkeit werden kann, wenn sie von Erwägungen dieser Art getragen wird und die formelle Beschwer nicht mehr allein ausschlaggebend ist.

Die nähere Betrachtung der Rechtsprechung zur Erledigung der Hauptsache hat damit das Ergebnis des ersten Kapitels

bestätigt. Der Begriff Beschwer selbst spielt zunächst nur eine untergeordnete Rolle als eine von mehreren Bezeichnungen für den Umstand, daß der Rechtsmittelkläger durch das angefochtene Urteil unter Berücksichtigung seines eigenen Verhaltens und aller möglichen sonstigen Umstände in solchem Maße benachteiligt erscheint, daß man ihm billigerweise ein Rechtsmittel nicht versagen kann. Durch diesen Begriff ist jedoch in keiner Weise festgelegt, welche Voraussetzungen im einzelnen vorliegen müssen. Es wurde versucht, den Argumenten im einzelnen nachzugehen, die man hierbei verwendet. Dabei zeigte sich, daß man zwar versucht hat, einige Richtlinien aufzustellen, die jedoch von mancherlei Ausnahmen begleitet werden.
Häufig nimmt die Zulässigkeitsprüfung den Charakter einer Billigkeitsentscheidung an, in der alle Umstände berücksichtigt werden, die irgendwie geeignet erscheinen, als Argument zu dienen. Je mehr Einzelkriterien aber zur Verfügung stehen, umso schwieriger und unübersichtlicher wird die Entscheidung über die Beschwer als des wichtigsten Kriteriums für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels und umso mehr verliert die Zulässigkeitsprüfung gleichzeitig ihre Funktion als ein prozessuales Hilfsmittel, das den Gerichten Arbeit ersparen soll. Es leuchtet ein, daß die Zulässigkeitsprüfung diese Funktion ganz verloren hat, sobald das Ergebnis der Begründetheitsprüfung als Argument schon bei der Zulässigkeitsprüfung verwendet wird, denn dann hat sich das Gericht ja schon die Arbeit gemacht, die ihm unter Umständen hätte erspart bleiben können.
Die Zulässigkeitsprüfung hat diese Funktion verloren, sobald sie nicht mehr nur nach den für sie spezifischen Kriterien bejaht werden kann, sondern zusätzlich das Ergebnis der Begründetheitsprüfung als Argument herhalten muß, denn dann müßte die Zulässigkeit an sich verneint werden und eine Prüfung der Begründetheit würde sich erübrigen.

Zusammenfassung

Weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung ist man sich darüber einig, ob die in der Vorinstanz unterlegene Partei ein Rechtsmittel einlegen dürfe, nur um zu erreichen, daß die Hauptsache für erledigt erklärt und evtl. eine von der des vorinstanzlichen Urteils abweichende Kostenentscheidung getroffen wird.

Die ältere Rechtsprechung neigt dazu, in diesen Fällen ein Rechtsmittel allgemein als unzulässig zu verwerfen, sofern die Erledigung unstreitig war. Man sagte, der Beschwerdegrund sei beseitigt, die Beschwer weggefallen, der Gegenstand des Rechtsstreits beseitigt, die Beschwer habe ihre Bedeutung verloren. Auch argumentierte man, nach Wegfall des Klaganspruchs müsse der Kläger von seinem Klagantrag abgehen; der Beklagte könne also nicht mehr Klagabweisung verlangen, weil diese Klage gar nicht mehr erhoben werde; die Verteidigung des Beklagten hänge aber davon ab, daß ein Angriff vorliege. Umgekehrt: Nach Wegfall des Klaganspruchs könne der Beklagte ja gar nicht mehr verurteilt werden. Offenbar sah man in dem Umstand, daß der Kläger zur Zeit der Rechtsmitteleinlegung seinen Klagantrag aufrecht erhalten konnte, eine notwendige Voraussetzung für die Fortsetzung des Rechtsstreits in der nächsten Instanz. Später tauchte das Argument auf, dem Rechtsmittelkläger gehe es praktisch nur noch um eine Änderung der Kostenentscheidung. Dann stelle aber die Einlegung eines Rechtsmittels zwecks Erledigungserklärung eine Umgehung des § 99 I ZPO dar;sie sei deshalb unzulässig.
War die Erledigung streitig, dann hielt man ein Rechtsmittel für zulässig. Das RG führte aus (RG 27, 365), der Streit über den Anspruch bestehe fort; nur die Existenz eines streitigen Rechtsverhältnisses, nicht aber das wirkliche Bestehen des verfolgten Anspruches gehöre zu den prozeßrechtlichen Voraussetzungen, von welchen die Zulässigkeit abhänge.

Dieses Ergebnis der Rechtsprechung beruht teils auf formalen Überlegungen, teils darauf, daß man das Interesse des Rechtsmittelklägers an einer anderen Entscheidung für zu gering, jedenfalls nicht höher als das Kosteninteresse erachtete. Man war der Ansicht, daß ein klagabweisendes Urteil dem Kläger oder ein klagzusprechendes Urteil dem Beklagten nicht mehr schaden könne, wenn der Beklagte inzwischen den Kläger befriedigt habe oder der Kläger auf den Anspruch verzichtet, die Schuld erlassen habe.

Später weichen die formalen Überlegungen einer differenzierteren Interessenabwägung, deren Ergebnis man etwa mit der Regel umschreiben kann, daß ein Interesse des Rechtsmittelklägers umso weniger anerkannt wird, je mehr der Wegfall des Klaganspruches von seinem Willen abhängig war, je mehr er am Wegfall mitgewirkt hat.
Der BGH stellt auf die formelle Beschwer und das Rechtsschutzbedürfnis zugleich ab. Die Zulässigkeit des Rechtsmittels hängt davon ab, ob das Interesse des Rechtsmittelklägers an der Änderung der vorinstanzlichen Entscheidung in seinem Werte die Rechtsmittelsumme erreicht. Damit ist formal der Weg für das Rechtsmittel frei. Dieses Interesse wird jedoch weitgehend - auch vom BGH - für zu gering angesehen. Nicht wenige Gerichte, meist Oberlandesgerichte, werteten dieses Interesse so hoch, daß sie zur Zulässigkeit des Rechtsmittels kamen. Man wendete sich mit überzeugenden Gründen gegen das Argument aus § 99 I ZPO und führte im einzelnen die möglichen Benachteiligungen des Rechtsmittelklägers auf, die für ihn aus der Rechtskraftwirkung des nichtantragsgemäßen Urteils entstehen könnten. Diese Rechtsprechung zielt darauf hin, daß pauschal auf die potentiell nachteilige Wirkung eines nichtantragsgemäßen Urteils, d. h. praktisch auf die formelle Beschwer, abgestellt wird. Hierbei bleibt man jedoch durchweg - von einer einzigen Ausnahme (LG Freiburg) abgesehen - bei der Regel, daß das Rechtsmittel unzulässig ist, wenn der Rechtsmittelkläger selbst willkürlich die Erledigung herbeiführt, wobei aber die Abgrenzung im einzelnen umstritten ist.

Charakteristisch ist die doppelte Begründung des Ergebnisses der Zulässigkeitsprüfung, sei es im Falle der Ablehnung, sei es im Falle der Zulassung des Rechtsmittels. Man sagt etwa, das Rechtsmittel sei unzulässig, weil eine Verteidigung sinnlos sei, wenn kein Angriff vorliege und fügt hinzu, im übrigen werde der Rechtsmittelkläger durch die Entscheidung a u c h nicht - mehr - benachteiligt, weshalb ihm das Rechtsschutzinteresse am Rechtsmittel fehle. Oder das Rechtsmittel wird für zulässig gehalten, weil einmal der Rechtsmittelkläger formell beschwert sei und er andererseits a u c h materiell durch die Entscheidung (Rechtskraftwirkung) beeinträchtigt werde. Damit wird erneut deutlich, daß es kein einheitliches, festes Kriterium für die Zulässigkeit gibt. Die Entscheidung über die Zulässigkeit ist eher eine Billigkeitsregelung, die von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Soweit der Begriff der Beschwer verwendet wird, ist das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis darin enthalten. Lediglich der Begriff der formellen Beschwer ist in einzelnen Entscheidungen der neueren Rechtsprechung klar umrissen.

Gegen die Verwendung des den Klaganspruch selbst betreffenden allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses als Merkmal für die Zulässigkeit des Rechtsmittels ergeben sich Bedenken. Da das Rechtsschutzbedürfnis nach dem BGH auch von der materiellen Rechts- und Interessenlage abhängig sein soll, müßten also bereits für die Zulässigkeitsprüfung Erwägungen zur materiellen Rechtslage angestellt werden. In je größerem Maße das geschieht, desto mehr wird aber die Notwendigkeit einer Zulässigkeitsprüfung des Rechtsmittels in Frage gestellt. In der Zulässigkeitsprüfung sollen d i e Fälle von der Bearbeitung durch das Instanzgericht ausgeschieden werden, bei denen der auf dem Spiel stehende Wert eine Inanspruchnahme des qualifizierter besetzten Gerichts nicht rechtfertigt. Das Ziel ist eine Arbeitsersparnis für diese Gerichte. Es kann nicht erreicht werden, wenn die Zulässigkeitsprüfung zu umfangreich wird oder gar die Begründetheitsprüfung ganz oder teilweise zum Inhalt hat.

Gegen die Verwendung des Rechtsschutzbedürfnisses als Merkmal für die Zulässigkeit spricht schließlich die Tatsache, daß es, falls die Klage in der Vorinstanz als unzulässig eben mangels Rechtsschutzbedürfnisses abgewiesen wird, Gegenstand der Prüfung ist, die zur Begründetheit des - in diesem Fall zulässigen - Rechtsmittels zählt.

Im übrigen bestätigt die nähere Prüfung der Rechtsprechung zu diesem Problem der Erledigung der Hauptsache das Ergebnis des ersten Abschnittes. Der Begriff der Beschwer ist keinesfalls scharf umrissen; er stellt nur eine von mehreren möglichen Ausdrucksformen dafür dar, daß der Rechtsmittelkläger durch das angefochtene Urteil unter Berücksichtigung seines eigenen Verhaltens und aller möglichen sonstigen Umstände in solchem Maße benachteiligt erscheint, daß man ihm billigerweise ein Rechtsmittel nicht versagen kann.

Der maßgebliche Zeitpunkt

Die Frage, zu welchem Zeitpunkt eine Beschwer als Voraussetzung des Rechtsmittels - noch - vorliegen müsse, hätte sich gar nicht stellen können, wenn man nicht das Vorliegen der Beschwer außer von der formellen Divergenz zwischen Antrag und Urteil, die lediglich vom Bestand des Urteils abhängt, auch noch von solchen Faktoren abhängig gemacht hätte, die sich in der Tat jederzeit ändern können, nämlich von der materiellen Rechtslage und insbesondere - wiederum von letzterer abhängig - vom Rechtsschutzbedürfnis.

Nach anfänglichem Schwanken ging die ältere Rechtsprechung[1] dahin, daß sich die Zulässigkeit des Rechtsmittels nach dem Zeitpunkt der Einlegung bestimmte. Wenn z.B. nach Einlegung des Rechtsmittels sich der Klaganspruch erledigte, konnte trotzdem das Rechtsmittel wegen der Kosten weiterverfolgt werden (RG 45, 412).

Immer wieder wird die Forderung erhoben, die Beschwer müsse zur Zeit der Berufungseinlegung noch fortbestehen (vgl. RG 130, 100). Man geht also, wie oben schon dargestellt, davon aus, daß die Beschwer auch wegfallen kann, also von Veränderungen der Sach- und Rechtslage abhängig ist.
Später allerdings hielt man den Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung nicht mehr für ausschlaggebend. Das RG[2] meinte, ein ursprünglich zulässiges Rechtsmittel werde unzulässig, wenn im Laufe des Verfahrens der Umfang des Beschwerdegegenstandes, sei es infolge von Handlungen der Partei oder infolge sonstiger Ereignisse, unter die erforderliche Rechtsmittelsumme herabsinke. Für den Rechtsmittelkläger bedeute das zwar ein Risiko, aber hier überwiege das Interesse der Allgemeinheit an geringerer Belastung der Obergerichte das Interesse des Rechtsmittelklägers an weiterer Zulässigkeit des Rechtsmittels. Danach mußten die Voraussetzungen für das Rechtsmittel, also vor allem die Beschwer, im Zeitpunkt

1) RG 18, 418; RG 27, 365 mit weiteren Hinw. auf ält.Rspr.
2) RG JW 38, 2909 mit weiteren Hinw.; vgl. auch RG 76, 292; RG 107, 53; RG 113, 250.

des Schlusses der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen. Erst mit einer Entscheidung des GrS kehrte das RG (168, 355 mit ausführlichen Nachweisen der älteren Rechtsprechung) wieder zu dem älteren Standpunkt zurück, wonach der Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels maßgebend für die Zulässigkeit sei.

Weder aus dem Wortlaut, so heißt es in der Entscheidung, noch aus dem Zweck und der Entstehungsgeschichte des § 4 I erster Halbsatz ZPO ließen sich zwingende Schlüsse ziehen für die Lösung dieser Frage. Maßgebend könne nur das sein, was den praktischen Bedürfnissen am besten gerecht werde und da verdiene die ältere Rechtsprechung den Vorzug, die für die Zulässigkeit des Rechtsmittels, soweit sie vom Werte des Beschwerdegegenstandes abhänge, von vornherein klare und feste Verhältnisse schaffe. Sie vermeide damit einen Schwebezustand um die Zulässigkeit des Rechtsmittels. Auch solle die Zulässigkeitsprüfung nicht mit Streitstoff belastet werden. Häufig sei es zweifelhaft, ob und in welchem Umfang der Rechtsmittelkläger durch eine einseitige Handlung des Gegners wirklich beschwerdelos gestellt sei. Ebenso seien Zweifel möglich, wenn die Sache selbst durch Zufall oder Handlungen Dritter, ganz oder teilweise erledigt worden sei. Auch sei es bei einer Interessenabwägung gerechter, wenn man den Rechtsmittelkläger eines einmal zulässig eingelegten Rechtsmittels nicht verlustig gehen lasse, es sei denn, er gebe das Rechtsmittel freiwillig auf.

Mit dem Hinweis auf die für die Zuständigkeit geltenden Bestimmungen der ZPO wird ausgeführt, es sei wenig befriedigend, wenn für das ordentliche Verfahren die einmal gegebene Zulässigkeit des Rechtsmittels keine endgültige wäre, sondern stets davon abhinge, ob ein entsprechender Beschwerdegegenstand noch bis zum Ende des Rechtsmittelzuges vorhanden sei. Das Rechtsmittel werde allerdings unzulässig, wenn der Rechtsmittelkläger aus freien Stücken, d.h. ohne durch eine Veränderung des Beschwerdegegenstandes selbst dazu veranlaßt zu sein, seine Anträge soweit ermäßige, daß sie die Rechtsmittelgrenze nicht mehr erreichten. Hiermit müsse einer willkürlichen Umgehung der Rechtsmittelgrenze vorge-

beugt werden.
Die Kritik an dieser Entscheidung setzte bei der Auslegung des § 4 I ZPO ein, obwohl ja das RG das Ergebnis ausdrücklich nicht unmittelbar aus § 4 I ZPO hergeleitet hatte. Reinberger (ZZP 69, 130 ff., 136 f.) meint, die Formulierung des § 4 I ZPO lasse nicht die Auslegung zu, daß danach auch eine Verminderung des Streitgegenstandes selbst für die Rechtsmittelsumme bedeutungslos sei. Diese Bestimmung wolle ihrem Zusammenhang nach nur Wertbemessungen regeln; sie befasse sich nicht mit Erweiterungen oder Einschränkungen der Klage- oder Rechtsmittelanträge. Steige oder falle der Wert des Beschwerdegegenstandes nach dem Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung, dann sei das bedeutungslos, nicht aber, wenn der Umfang des Beschwerdegegenstandes selbst sich danach verändere. Maßgebend müsse der Zeitpunkt der Entscheidung sein.
Nach Bettermann (NJW 48, 447/448 f.) soll der Zeitpunkt der ersten mündlichen Verhandlung zur Hauptsache entscheidend sein. Da dann das Gericht ja doch schon einmal in die Sachprüfung eingetreten sei, könne diese Prüfung auch zu Ende geführt werden. Ausnahmsweise solle der Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels maßgebend sein, wenn die Ermäßigung des Beschwerdegegenstandes auf einem Verhalten des Rechtsmittelgegners beruhe (er solle das Rechtsmittel dem Rechtsmittelkläger nicht aus der Hand schlagen können).

Baur (Festschr.f.Lent S. 13 Anm. 47) meint zu dieser Entscheidung, die Vorschrift des § 4 I ZPO besage nur, daß die durch den Vergleich zwischen vorinstanzlichem Urteil und vorinstanzlichen Anträgen objektiv bereits feststehende Beschwer notfalls vom Gericht beziffert werden müsse; dafür solle dann der Wert im Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung maßgebend sein. Baur geht dabei allerdings von dem von ihm geforderten Begriff der formellen Beschwer aus. Das RG legt jedoch zu dieser Zeit dem Begriff der Beschwer einen ganz anderen, weiteren Sinn bei, wie im ersten Abschnitt gezeigt wurde und wie auch in dieser Entscheidung wieder deutlich wird, da das RG selbst auf S. 360 von einer

nachträglichen Verminderung der Beschwer spricht und davon, daß die Beschwer durch tatsächliche oder rechtliche Vorgänge wegfallen oder sich vermindern könne. Hier wird auf den Streitgegenstand selbst abgehoben. Wenn dieser ganz oder teilweise wegfällt, dann soll auch die Beschwer, d.h. das Rechtsschutzinteresse grundsätzlich entfallen können. Was nun den dafür maßgebenden Zeitpunkt anbelangt, so scheint das RG nur den in § 4 I erster Halbsatz ZPO enthaltenen Rechtsgedanken als eines von mehreren Argumenten heranzuziehen, wie auch die darauffolgende Interessenabwägung zeigt.

Auf die Unterscheidung zwischen der Veränderung des Wertes des Beschwerdegegenstandes und der Veränderung des Beschwerdegegenstandes selbst hatte das RG früher selbst schon hingewiesen[3]. Umsoweniger kann man annehmen, daß diese Unterscheidung in diesem Fall nicht genügend beachtet worden sein sollte.
Obwohl die den maßgeblichen Zeitpunkt betreffende Entscheidung auch in der Rechtsprechung und Literatur auf Kritik gestoßen ist[4], hat diese Meinung sich jetzt wohl durchgesetzt[5].

Insbesondere der BGH (1, 29 = NJW 51, 195 mit weiteren Hinw. auf ältere Rspr.) hat die Rechtsprechung des RG zu diesem Punkte in vollem Umfang bestätigt. Der allgemeine Gedanke der Entlastung der Gerichte müsse hinter dem Interesse des Rechtsmittelklägers zurücktreten, wenn das Rechtsmittel einmal zulässig eingelegt gewesen sei. Diese prozessuale Rechtsstellung dürfe ihm nicht ohne sein maßgebliches Zutun entzogen werden. In Anerkennung dieser Interessenlage habe das RG schon vor der Entscheidung Bd. 168, 355 die nachträgliche Verminderung der Beschwer ausnahmsweise für unerheblich erklärt, wenn sie durch einen Verzicht oder ein Anerkenntnis des Rechtsmittelbeklagten herbeigeführt worden sei. Es sei unerträglich, wenn der Gegner dem Rechtsmittelkläger das

3) Vgl. RG 15, 405; RG 76, 292; 107, 53; 113, 250.
4) LG Bochum JB1NRW 48, 160 u. 161; vgl. auch Wieczorek B IIa zu § 4; Stein-Jonas I 1a zu § 4.
5) Vgl. Göppinger S. 255 f. mit ausführl. Nachweisen; LG Göttingen Nied.Sächs.Rpflege 48, 248

Rechtsmittel durch solche Handlungen aus der Hand schlagen könne.

Auch in der Entscheidung BGH NJW 51, 274[6] wird die Zulässigkeit eines Rechtsmittels nach der Zeit der Einlegung beurteilt. Als Ausnahme wird auf den Fall RG 168, 355 Bezug genommen, wo der Rechtsmittelkläger aus freier Willkür die an sich gegebene Beschwer nur zu einem Teil mit dem Rechtsmittel abwenden wollte, und ausgeführt, nichts anderes könne für den Fall gelten, daß der Rechtsmittelkläger seine zunächst vorhandene Beschwer durch eine aus freien Stücken erfolgte Klaglosstellung des Gegners beseitigt und damit die Verminderung des Beschwerdegegenstandes herbeigeführt und somit freiwillig eine Prozeßlage geschaffen habe, die ihn infolge des Fortfalls seiner Beschwer zur Einschränkung der Rechtsmittelanträge habe nötigen müssen.
Der Begriff Beschwer wird auch hier durchweg im weiten Sinne von "Benachteiligung" oder schlechthin "Rechtsschutzinteresse" verwendet. Außerdem wird hier ganz deutlich, daß man nicht nur an eine Veränderung des Wertes des Beschwerdegegenstandes denkt, sondern an eine Veränderung des Beschwerdegegenstandes selbst.

Der BGH (LM § 546 ZPO Nr. 8) hat den Begriff der freiwilligen Befriedigung des Gegners durch den Rechtsmittelkläger des weiteren noch sorgfältig abgegrenzt. In diesem Falle war die Beklagte auch in zweiter Instanz verurteilt worden, einen Geldbetrag aus ihrem freien Vermögen zu bezahlen. Die Beklagte hatte den Anspruch schon von vornherein für den Fall anerkannt, daß sie über das Geld würde frei verfügen können, das bislang auf einem Bankkonto festlag und ihrer freien Verfügung entzogen war. Nachdem die Beklagte gegen das Urteil Revision eingelegt hatte, entfiel die Verfügungsbeschränkung und die Beklagte zahlte den Betrag aus.
Der BGH hielt die Revision weiter für zulässig. Die Sachlage sei die gleiche, so wird ausgeführt, wie wenn nach Einlegung der Revision die Beschwer für den Rechtsmittelkläger wegfiele. Die Beklagte sei hier nur dadurch beschwert, daß Zahlung aus

6) Die Beklagte war zur Zahlung von 10.000.-DM verurteilt worden; sie legte Revision ein, bezahlte aber während des Revisionsverfahrens 6000.-DM.

ihrem freien Vermögen verlangt worden sei, während dieser Betrag festgelegen sei. Nach Wegfall der Verfügungsbeschränkung sei sie in Höhe der auf den Klaganspruch entfallenden Teilsumme nunmehr durch das Berufungsurteil nicht mehr beschwert. Die Revision bleibe weiterhin zulässig, da die Beklagte den Gegner nicht freiwillig befriedigt habe.
Hier wird der Begriff Beschwer wieder allgemein im Sinne von Nachteil gebraucht. Wenn gesagt wird, die Beschwer sei gleichzeitig mit der Verfügungsbeschränkung entfallen, so soll damit ausgedrückt werden, daß die Existenz des Urteils nunmehr, nach Wegfall der Verfügungsbeschränkung, für die Beklagte keinen größeren Nachteil bedeute, als sie ihn ohnehin durch ihr Anerkenntnis freiwillig auf sich genommen habe. Bemerkenswert ist hier, wie scharf hier für die Beschwer auf das Anerkenntnis der Beklagten, also auf ihr Verhalten gegenüber dem Klagantrag abgestellt wird. Obwohl die Beschwer in diesem Sinne weggefallen ist (Rechtsschutzinteresse !), bleibt die Revision zulässig, da die Beklagte den Rechtsstreit gewissermaßen nicht mutwillig erledigt hat, indem sie ohne äußere Notwendigkeit nachgab. Damit "verscherzte" sie sich auch nicht die Möglichkeit, nunmehr eine Kostenentscheidung gemäß § 91a ZPO zu erlangen.
In einem ähnlichen Fall hat der BGH (NJW 66, 598) ebenso entschieden. Wenn der verurteilte Revisionskläger, so wird ausgeführt, nach Begründung seines Rechtsmittels dem angefochtenen Erkenntnis durch Zahlung der Urteilssumme nachkomme, weil die nach seiner Ansicht bisher fehlende Fälligkeit seiner Verpflichtung durch eine nunmehr erfolgte Kündigung des Gläubigers für einen späteren Zeitpunkt herbeigeführt sei, so handele es sich nicht um eine willkürliche Minderung des Beschwerdegegenstandes, wenn der Revisionskläger nur noch die Erledigungserklärung abgebe und Kostenentscheidung beantrage.

Diese Rechtsprechung zu dem für die Zulässigkeit des Rechtsmittels maßgeblichen Zeitpunkt kann heute als allgemein anerkannt angesehen werden.[7)]

7) Vgl. OLG Hamburg NJW 54, 722; BAG AP § 91a ZPO Nr. 1; BAG Betrieb 61, 1428; BGH MDR 58, 333; BSG MDR 60, 173.

In einem Falle allerdings konnte der BGH die Entscheidung über den maßgeblichen Zeitpunkt umgehen (NJW 64, 298). Das Berufungsgericht hatte angenommen, die Berufung sei nur zulässig, wenn zur Zeit der Entscheidung über das Rechtsmittel noch eine Beschwer vorhanden sei. Der BGH ließ das mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung des RG und BGH (BGH 1, 29; RG 168, 355) dahingestellt, weil er auch zu diesem Zeitpunkt noch eine Beschwer in diesem Fall für gegeben hielt.

Bisher wurde nur über die Entscheidungen berichtet, in denen der Begriff Beschwer in einem weiten Sinne (unter Einbeziehung des Rechtsschutzinteresses) verwendet wurde. Unterscheidet man zwischen formeller und materieller Beschwer, dann kann im Prinzip dasselbe gelten, was bisher zum maßgeblichen Zeitpunkt ausgeführt wurde.
So hält es auch das BAG (Betrieb 61, 1428), das in einer Entscheidung, wie oben schon dargestellt, sorgfältig zwischen der formellen Beschwer und dem Rechtsschutzbedürfnis trennt, das auch später noch entfallen könne, für erforderlich, daß das Rechtsschutzbedürfnis noch zum Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung vorhanden ist. Wenn, so führt das BAG aus, in diesem Zeitpunkt ein Rechtsschutzbedürfnis für die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens bestanden habe, so könne der während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens eintretende Wegfall des rechtlichen Interesses sich nicht zum Nachteil des Rechtsmittelklägers auswirken. Denn dieser habe mit der zulässigen Einlegung des Rechtsmittels eine Rechtsstellung erlangt, die ihm nicht durch außerhalb seiner eigenen Entschließung liegende Umstände entzogen werden dürfe.
Hier zeigt sich wiederum, daß die verschiedene Bedeutung des Begriffes Beschwer durchaus nicht zu verschiedenen Ergebnissen führen muß. Sachlich sind in beiden Fällen im Grunde genau dieselben Argumente verwendet worden.

Zusammenfassung

Schon aus dem Umstand, daß die Rechtsprechung sich die Frage nach dem für die Beschwer maßgeblichen Zeitpunkt stellte, wird deutlich, daß der Begriff der Beschwer außer der vom Bestand des vorinstanzlichen Urteils abhängigen formellen Beschwer noch andere Faktoren umfassen muß, die sich jederzeit verändern können, wie die materielle Rechtslage und insbesondere das Rechtsschutzbedürfnis.

Je nachdem, ob man dem Interesse des Rechtsmittelklägers an der einmal mit der Rechtsmitteleinlegung erlangten Rechtsposition oder dem öffentlichen Interesse an einer geringeren Belastung der Instanzgerichte den Vorzug gab, hielt man den Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung oder den Zeitpunkt der Entscheidung für maßgebend.

Die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts schwankte zwischen diesen beiden Möglichkeiten. Seit der Entscheidung des RG GrS 168, 355 gibt man fast durchweg dem Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung den Vorzug, macht aber Ausnahmen für den Fall, daß der Rechtsmittelkläger willkürlich die Beschwer (Rechtsschutzbedürfnis) durch Zahlung oder Erlaß unter die Rechtsmittelsumme vermindert. Eine solche Willkür des Rechtsmittelklägers wird nicht angenommen, wenn vom Willen des Rechtsmittelklägers unbeeinflußt der Grund entfällt, aus dem der Rechtsmittelkläger glaubte, bisher die Leistung verweigern bzw. fordern zu dürfen und er nunmehr die Leistung erbringt bzw. die Schuld erläßt.

Das Ergebnis dieser Rechtsprechung wird im wesentlichen nicht, wie die Kritik meinte, mit § 4 I ZPO begründet. Das RG unterschied schon sehr früh zwischen der Veränderung des Wertes des Beschwerdegegenstandes (§ 4 I ZPO) und der Veränderung des Beschwerdegegenstandes selbst. Dies Ergebnis wird vielmehr vorwiegend aus einer Interessenabwägung abgeleitet.
Unterscheidet man zwischen der konstanten formellen Beschwer und dem veränderlichen Rechtsschutzbedürfnis, dann braucht sich das Ergebnis nicht zu ändern, wenn man nur nach dem für das Vorliegen des Rechtsschutzbedürfnisses maßgebenden Zeitpunkt fragt.

Die Beschwer in Ehescheidungssachen

Zur Zulässigkeit des Rechtsmittels in Ehescheidungssachen entwickelte die Rechtsprechung schon früh einige Besonderheiten. Vor allem wollte man hier dem Umstand Rechnung tragen, daß der Scheidungskläger es hier nicht in der Hand hatte, die ursprünglich begehrte Rechtsänderung dadurch aufzuschieben, daß er die Zwangsvollstreckung nicht betrieb. Im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe gab man gerade dem siegreichen Scheidungskläger jede Möglichkeit, auch noch in der zweiten und dritten Instanz durch Rechtsmitteleinlegung mit nachfolgender Klagrücknahme oder Klagverzicht die Scheidung wieder rückgängig zu machen. Man gestattete die Einlegung eines Rechtsmittels allein zu diesem Zweck ohne Rücksicht auf jede Beschwer.

Was die Einlegung eines Rechtsmittels durch die obsiegende Partei zur Aufrechterhaltung einer Ehe anbelangt, so meinte das RG[1)], die Zulässigkeit eines solchen in der Prozeßordnung allerdings nicht vorgesehenen Verfahrens sei im Anschluß an die bisherige Rechtsprechung des RG zu bejahen. In dieser Hinsicht mache es auch keinen Unterschied, ob die die Revision einlegende Partei das ihr günstige Urteil schon in der ersten oder in der zweiten Instanz erlangt gehabt habe.

Auch später meint das RG (DR 42, 1342), in Ehesachen setze - trotz § 614 ZPO - jedes Rechtsmittel grundsätzlich eine Beschwer voraus. Eine Ausnahme sei nur für den Fall anzuerkennen, daß der siegreiche Scheidungskläger das Rechtsmittel dazu benutzen wolle, die Urteilsfolgen durch Klagezurücknahme oder Verzicht nach § 306 ZPO zu beseitigen.

Der Kläger kann danach die Klage mit Einwilligung des Beklagten zurücknehmen oder auf den Klaganspruch verzichten. Wenn der Beklagte nicht bereit sein sollte, den Antrag auf Klagabweisung gemäß § 306 ZPO zu stellen, dann kann der Kläger nach einer anderen Entscheidung des RG (DR 44, 84) auch selbst statt der Erledigungserklärung die Klagabweisung beantragen, wobei der Widerspruch des Beklagten unbeachtlich ist.

1) RG 91, 365; RG 100, 208 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch OLG Bremen NJW 63, 1157

Nach einer Entscheidung des OLG Oldenburg (JZ 53, 566) ist sogar eine Klagzurücknahme des Scheidungsklägers als Klagverzicht anzusehen, wenn der Beklagte nicht zustimmt. Das die Scheidung aussprechende Urteil des LG ist daraufhin für hinfällig zu erklären.
In einem Falle hat das Schleswig-Holsteinische OLG (JZ 53, 340) allerdings ein Armenrechtsgesuch zurückgewiesen mit der Begründung, die Berufung gegen ein Ehescheidungsurteil zum Zwecke der Zurücknahme der Widerklage biete nach streitiger Verhandlung im ersten Rechtszug nur Aussicht auf Erfolg, wenn der Kläger zustimme. Vermutlich fiel diese Entscheidung aber nur deshalb so aus, weil die Widerklägerin nicht ausdrücklich erklärt hatte, daß sie auf den Klaganspruch verzichten wolle, falls der Kläger mit der Klagrücknahme nicht einverstanden sei. Mit Recht wird in einer Anmerkung zu diesem Urteil (Pöll) kritisiert, daß man in diesem Fall die Widerklägerin gemäß § 139 ZPO auf die Möglichkeit des Klagverzichtes hätte hinweisen (oder ihren Berufungsantrag hätte auslegen) müssen.
Aufschlußreich ist allerdings die Begründung, die das OLG Düsseldorf (NJW 57, 1365) in einem Fall für seine Entscheidung gab. Das OLG geht ebenfalls von dem grundsätzlichen Erfordernis der Beschwer aus, hält aber eine Ausnahme in Ehesachen zur Aufrechterhaltung der Ehe für zulässig.
Es fährt dann fort: Immerhin setze aber auch hier die Einlegung des Rechtsmittels ein schutzwürdiges Interesse an seiner Geltendmachung voraus. Jede prozessuale Maßnahme und insbesondere die Rechtsmitteleinlegung verlange ein prozessuales Interesse, das heißt ein Interesse an der Inanspruchnahme gerade dieses Verfahrensweges. Es sei nicht gegeben, wenn ein anderer, einfacherer prozessualer Weg zur Verfügung stehe. In diesem Falle hätte die Klagrücknahme durch rechtzeitig eingereichten einfachen Schriftsatz ausgereicht. Daher liege an sich kein Rechtsschutzinteresse vor. Da aber jetzt die Rechtsmittelfrist abgelaufen sei, müsse die Einlegung der Berufung im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe als zulässig angesehen werden.
Diese Begründung erinnert in auffallender Weise an die oben

(S. 67 Anm. 16) angeführten Entscheidungen mit doppelter Begründung. In diesem Falle hatte das OLG in Wirklichkeit nur die einzige Frage zu entscheiden, ob der Kläger trotz Fehlens jeglicher Beschwer noch ein Rechtsmittel einlegen könne[2]. Wenn diese Frage einmal bejaht war, dann hätte es keiner Erwägung über den richtigen prozessualen Weg mehr bedurft. Selbstverständlich kann ein Kläger in jeder Phase des Verfahrens, also auch noch in der Berufungsinstanz, mit Einwilligung des Beklagten die Klage zurücknehmen[3]. Wäre der Kläger hier irgendwie beschwert gewesen und hätte er dann nach Berufungseinlegung die Klage zurückgenommen, wäre sicherlich kein Wort darüber verloren worden, daß er die Klage ja schließlich auch schon vor Ablauf der Rechtsmittelfrist durch einfachen Schriftsatz hätte zurücknehmen können. Es scheint so, als habe man Bedenken gehabt, nachdem man ohne weiteres die Ausnahme von der Beschwer zugelassen hatte, nunmehr auch ohne weiteres die Berufung für zulässig zu erklären und als habe man daher noch mehr der Form halber eine Barriere errichtet, die dann aber ebenso sang- und klanglos "im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe" zur Seite geschoben wurde.
Auch das OLG Frankfurt (MDR 57, 46) befaßt sich mit dieser Frage. Grundsätzlich, so heißt es, müsse zwar von mehreren in der Prozeßordnung vorgesehenen Rechtsbehelfen der einfachere ergriffen werden. Damit verlören alle übrigen Rechtsbehelfe wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses ihre Zulässigkeit. Hier seien aber sowohl die einfache Klagzurücknahme als auch die Klagzurücknahme mittels Berufung zulässig, weil ja der Berufungskläger nicht wissen könne, ob der Berufungsbeklagte noch vor Ablauf der Rechtsmittelfrist seine Zustimmung zu der Klagzurücknahme geben werde.

Wenn man auch allgemein keine Bedenken hat, diese Ausnahme von dem Erfordernis der Beschwer zuzulassen, so prüft der BGH (FamRZ 60, 131) doch sehr genau, ob der Scheidungskläger, der Berufung einlegt, um auf den Klaganspruch zu verzichten, wirklich die Absicht hat, die Ehe aufrecht zu

2) Vgl. hierzu auch Habscheid in Anmerkung dazu.
3) Vgl. z.B. Baumbach-Lauterbach Anmerkung 2 C zu § 271 ZPO.

erhalten und fortzusetzen. Der BGH befaßt sich in diesem Falle sehr genau mit der Absicht des Rechtsmittelklägers und kommt zu dem Ergebnis, daß dieser entschlossen sei oder doch in Erwägung ziehe, nach rechtskräftiger Abweisung seiner Klage sofort eine neue Scheidungsklage zu erheben. Er wolle nicht ernstlich die Ehe fortsetzen und nur eine Vereinbarung mit der Beklagten über eine Ausgleichszahlung torpedieren, um später noch mehr verlangen zu können. Die Berufung wurde aus diesen Gründen für unzulässig erklärt.

Hier zeigt sich, daß Ausnahmen eben auch wieder neue Abgrenzungskriterien erfordern, die die Zulässigkeitsprüfung erheblich erweitern können.

Diese Ausnahme von der Beschwer ist damit heute wohl allgemein anerkannt[4]. Baur (Festschr. f.Lent S. 15) meint, der Grundsatz von der Beschwer stelle einen Prozeßrechtsgrundsatz dar, der aus der Abwägung widersprchender Interessen (der Allgemeinheit an der raschen Wiederherstellung des Rechtsfriedens und an der Begrenzung der Rechtsmittel und des Interesses der siegreichen Partei einerseits und des Interesses der unterlegenen Partei andererseits) gewonnen werde, der keine unabdingbare Forderung eines gerechten Verfahrens repräsentiere und daher auch zu weichen habe, wenn das höherwerdende Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe dies fordere. Nach Habscheid (NJW 57, 1366) werden in diesem Fall die beiden Grundsätze der formellen Beschwer und des Rechtsschutzbedürfnisses durch das Prinzip des "Eheschutzes" aufgehoben.

Schon früh hat die Rechtsprechung noch eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz der Beschwer zugelassen. In dem Falle RG 36, 351 war die Klägerin antragsgemäß wegen Ehebruchs des Beklagten vom Bande geschieden worden. Dennoch

4) Baumbach-Lauterbach 4 B vor § 606; Bernhardt S. 279; Blomeyer S. 515 ff., 687; Lent-Jauernig S. 205; Rosenberg S. 818 f.; Schönke-Schröder-Niese S. 447; Wieczorek B IIc zu § 511; Zöller Anm. 3 vor § 511.

legte die Klägerin Berufung ein mit dem Antrag, die Ehe nur bis zur Wiedervereinigung der Gemüter von Tisch und Bett zu scheiden[5]. Das RG hielt die Berufung für zulässig. Grundsätzlich, so heißt es, sei zwar eine Beschwer für das Rechtsmittel erforderlich, aber bei einer Ehescheidung könne der Kläger wegen der Gestaltungswirkung des Urteils nicht wie in anderen Fällen das ihm bereits zugesprochene Recht dadurch wieder aufheben, daß er auf die Zwangsvollstreckung verzichte. Deshalb entspreche es, unter Berücksichtigung der in der ZPO den Ehesachen zugunsten der Aufrechterhaltung der Ehe eingeräumten Ausnahmestellung, dem Geiste dieses Gesetzes, dem obsiegenden Kläger bis zum Eintritte der Rechtskraft des Urteils noch die Möglichkeit, dasselbe wieder zu beseitigen, offen zu lassen. Daß ihm dabei auch die fernere Möglichkeit offenstehe, auf Erlassung einer anderen auf Ehetrennung gerichteten Entscheidung anstatt der von ihm angefochtenen hinzuwirken, ergebe sich dann als Folge aus den übrigen betreffenden Bestimmungen der ZPO.

Diese letztere Variante, wonach der Kläger ein Rechtsmittel auch einlegen könne, um etwas Geringeres, weniger Durchgreifendes zu verlangen als die endgültige Scheidung, nämlich eine möglicherweise nur vorübergehende Ehetrennung, wird hier im Gegensatz zu späteren Entscheidungen noch teilweise formal begründet, was nicht ganz einwandfrei ist. Wenn das RG die Zulässigkeit eines Rechtsmittels trotz fehlender Beschwer mit dem Prinzip des "Eheschutzes" rechtfertigt, dann ist damit eo ipso jedes Ziel des Rechtsmittelklägers gerechtfertigt, das in Richtung der Aufrechterhaltung der Ehe liegt. Das Prinzip des Eheschutzes ist der einzige tragende Grund für die Zulässigkeit. Wenn im Rahmen des Rechtsmittels außer der völligen Beseitigung des Scheidungsurteils noch weitere Prozeßziele für den Rechtsmittelkläger denkbar sind, dann lassen sie sich nur rechtfertigen, wenn auch sie letzten Endes der Aufrechterhaltung der Ehe dienen. Es kann also für die Zulässigkeit nicht in erster Linie eine Rolle spielen, ob solche weitere Möglichkeiten sich auch noch mit den

5) Vgl. §§ 732, 733 ALR, Rehbein-Reincke, Allg.Landrecht f. d.Preuß.Staaten, Berlin[5] 1894, Band III.

anderen Prozeßbestimmungen vereinbaren lassen. Wenn der Rechtsmittelkläger Prozeßziele verfolgt, die sich zwar danach formal ableiten lassen, aber nicht mit dem Prinzip des Eheschutzes zu vereinbaren sind, dann ist das Rechtsmittel eben unzulässig, weil die formelle Beschwer fehlt. Insofern handelt es sich auch in diesem Fall um eine wirkliche Ausnahme von dem Grundsatz der Beschwer. Letztlich war nur gemäß der oben bezeichneten Interessenabwägung zu entscheiden, ob eine solche Ausnahme zuzulassen sei.[6)]

Später verzichtet das RG (JW 11, 655 mit weiteren Nachweisen) dann auch auf diese formale Begründung und anerkennt ohne weiteres, daß der Kläger oder Widerkläger, auf dessen Antrag die Scheidung ausgesprochen sei, gegen das Scheidungsurteil auch die Revision lediglich zu dem Zweck einlegen könne, um nachträglich den Scheidungsantrag in den Antrag auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft umzuwandeln. Für ausschlaggebend wurden auch hier die automatisch eintretende Gestaltungswirkung des Scheidungsurteils und der Umstand gehalten, daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eine schwächere Wirkung habe, als die Scheidung und somit wenigstens die Chance einer Weiterführung der Ehe erhalten bleibe.

Ansonsten aber, so stellt das RG fest, gelte der Grundsatz der formellen Beschwer auch im Eherecht. Zum Beispiel könne ein Ehegatte, dessen Antrag auf Abweisung einer vom anderen Ehegatten erhobenen Scheidungsklage Erfolg gehabt habe, ein Rechtsmittel nicht zu dem Zweck einlegen, um nachträglich seinerseits Widerklage auf Scheidung zu erheben.

In den bisher genannten Fällen war die Ausnahme vom Grundsatz der Beschwer mit dem Prinzip des Eheschutzes gerechtfertigt worden. Das kann man von einer weiteren Variante der Rechtsprechung nicht mehr behaupten. Man gab nämlich dem siegreichen Scheidungskläger auch die Möglichkeit, ein Rechtsmittel einzulegen, um einen nachträglich aufgefundenen, schwereren Scheidungsgrund geltend zu machen.[7)]

6) Vgl. S. 67 Anm. 16.
7) Vgl. Baur, Festschrift für Lent, S. 4 und 15.

Zuerst hat wohl das OLG Dresden (JW 36, 3480) in einem Fall diese Möglichkeit anerkannt. Eine Ehe war auf die Klage aus § 1568 BGB (Eheverfehlung) und die Widerklage aus § 1565 BGB (Ehebruch) geschieden worden. Die Klägerin erhielt nach der letzten mündlichen Verhandlung, aber vor Ablauf der Rechtsmittelfrist Kenntnis von einem Ehebruch, den der Beklagte begangen hatte. Sie legte Berufung ein mit dem Antrag, die Ehe auf die Klage aus Ehebruch zu scheiden. Das OLG Dresden hielt die Berufung ausdrücklich trotz des Fehlens einer formellen Beschwer für zulässig.

Die Zulässigkeit, so wurde ausgeführt, ergebe sich aus dem besonderen Charakter der Ehesachen. So ergebe sich etwa aus den §§ 614 und 626 ZPO der Rechtsgedanke, daß bei Ehesachen solche Bestimmungen, die der Beschleunigung des Verfahrens dienten usw., nicht so streng anzuwenden seien, damit der wirklichen Rechtslage soweit als möglich Rechnung getragen werden könne. Es wird auf die besonders schwerwiegenden Wirkungen der Scheidung wegen Ehebruches hingewiesen, die sich aus § 1312 BGB und § 172 StGB ergäben. Nach der Rechtsprechung könne ein Ehegatte Berufung einlegen, wenn er in erster Instanz Scheidung wegen Ehebruches begehrt gehabt habe, die Ehe aber nur aus § 1568 BGB geschieden worden sei, was hilfsweise geltend gemacht worden sei. Erfahre der Ehegatte erst nach dem Urteil der ersten Instanz von dem Ehebruch, dann könne er diesen bei der Zumutungsfrage noch geltend machen, wenn der Streit auf andere Weise in die Berufungsinstanz gelangt sei, etwa, weil der andere Ehegatte ein Rechtsmittel eingelegt habe. Dann müsse es auch möglich sein, daß der Kläger direkt aus diesem Grunde Berufung einlege.[8)]

Kurz darauf entschied auch das OLG München (JW 37, 248) einen solchen Fall. Auf Antrag der Klägerin war eine Ehe

8) Hier wird auf OLG Stuttgart Soergel Rspr. 1934 S. 243 Nr. 511 verwiesen. Im Scheidungsprozeß war dem einzigen Antrag der Beklagten auf Mitschuldigerklärung des Klägers wegen Ehebruchs stattgegeben worden. Die Beklagte legte nur deshalb - nach Meinung des OLG: zulässigerweise - Berufung ein, um Widerklage wegen des Ehebruchs zu erheben. In diesem Fall war die Beklagte aber formell beschwert, weil dem Klagantrag stattgegeben worden war; nur wehrte sie sich mit der Berufung nicht gegen diese Beschwer.

(offensichtlich nur wegen ehewidrigen Verhaltens) geschieden worden. Die Klägerin wußte während des Verfahrens schon von einem Ehebruch des Beklagten, kannte aber die Person der Ehebrecherin nicht, von der sie erst während der Rechtsmittelfrist erfuhr. Die Klägerin legte daraufhin Berufung ein und beantragte Scheidung wegen Ehebruchs. Das OLG stellt den Satz auf, auch beim Fehlen jeglicher Beschwer sei eine weitere Ausnahme von dem Erfordernis der Beschwer zu machen, ohne daß die Aufrechterhaltung der Ehe verfolgt werde, wenn ganz besondere Umstände es als billig erscheinen ließen, daß der siegreiche Scheidungskläger die Möglichkeit erhalte, einen anderen, schon während des Verfahrens erster Instanz entstandenen Scheidungsgrund geltend zu machen, der ihm ohne Verschulden erst während der Rechtsmittelfrist bekanntgeworden sei.

Bei anderer Lösung der Frage, werde die Klägerin trotz ihres Sieges im Rechtsstreit schlechter gestellt sein als bei einer Klagabweisung, in welchem Falle die Klägerin den Ehebruch mit einer neuen Klage geltend machen könne. Auch werde sonst der am besten fahren, der seinen Ehebruch am schlauesten verbergen könne.

Das OLG weist auf die oben zitierte Entscheidung des RG (JW 11, 655) hin, wonach der siegreiche Scheidungskläger Berufung einlegen könne, nur um damit den Antrag auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu stellen. Hier handle es sich doch auch kaum noch im strengen Sinne um die Aufrechterhaltung der Ehe, da die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eine Art aufschiebend bedingte Scheidung darstelle; jeder Ehegatte könne aufgrund des Aufhebungsurteils dann jederzeit Scheidung verlangen.

Das RG (DR 42, 1342) erwähnte in einem späteren Urteil diesen Fall, hielt es aber nicht für nötig, ihn zu entscheiden, da dem Vertreter der Klägerin die Tatsachen, die einen schwerer wirkenden Scheidungsgrund hätten abgeben können, schon während des Verfahrens erster Instanz bekannt waren.[8b]

Auch der BGH (NJW 63, 1353 IV. Sen. = LM § 511 ZPO Nr. 16)

8b) Später entschied das OLG Kiel SchlHA 49, 339 aber wiederum so.

entschied einen ähnlich gelagerten Fall in diesem Sinne. Allerdings weicht er in der Begründung in bemerkenswerter Weise von den bereits zitierten Entscheidungen ab.

In diesem Fall war auf Antrag des Klägers die Scheidung nach § 48 Eheges. ohne Verschulden ausgesprochen worden. Nach geraumer Zeit wurde der Kläger in die Lage versetzt, einen Scheidungsgrund gemäß §§ 42 bzw. 43 Eheg. wegen Verschuldens vorzubringen, den er im Wiederaufnahmeverfahren geltend machen wollte. Die Zulässigkeit wurde vom BGH bejaht. In den Gründen wird ausgeführt, auch bei der Restitutionsklage sei eine Beschwer erforderlich. Nur dann habe der Kläger ein rechtliches Interesse an der Änderung der Entscheidung. Die Beschwer ergebe sich aus der Divergenz zwischen Antrag und Urteil. Es komme nur auf die formelle Übereinstimmung zwischem dem Begehren der klägerischen Partei und dem Urteilsausspruch an, was auch für Ehesachen gelte.
Die Entscheidung geht also durchaus von einem klar umrissenen Begriff der formellen Beschwer aus. Eine Ausnahme, so heißt es weiter, gelte aber für den Fall, daß der Kläger ohne Verschulden nicht in der Lage gewesen sei, den neuen Scheidungsgrund schon im ersten Rechtszug geltend zu machen. Der Grundsatz, daß nur die beschwerte Partei ein Rechtsmittel einlegen könne, werde dadurch nicht aufgegeben. Hierin liegt zunächst ein formaler Widerspruch, denn wenn man die Beschwer nur als Divergenz zwischen Antrag und Urteil bestimmt, dann liegt eben keine Beschwer vor, wenn das Urteil mit dem Antrag übereinstimmt. Die Erklärung folgt aber sofort: Wegen der unterschiedlichen und in die Zukunft reichenden Folgen des Scheidungsurteils könne in Ehesachen die klagende Partei, deren Anträgen stattgegeben worden sei, durch das Urteil zwar nicht formell, aber doch materiell beschwert sein. Sie könne Rechte verlieren, ohne daß sie in der Lage gewesen wäre, diese Rechte geltend zu machen. Schließlich verlangt der BGH aber auch noch, daß der kläger ohne Verschulden diesen Scheidungsgrund im ersten Rechtszug nicht hatte geltend machen können und daß der Kläger der anderen Partei gegen-

über nicht auf die Geltendmachung gerade dieses Scheidungsgrundes im voraus verzichtet hatte, für den Fall, daß er ihn würde benützen können.

Das Besondere an dieser Begründung liegt darin, daß der BGH die Entscheidung nicht wie bisher als Ausnahme vom Grundsatz der Beschwer rechtfertigt, sondern versucht, den Begriff der Beschwer soweit auszudehnen ,daß auch dieser Fall noch darunter fällt. Diese Absicht des IV. Zivilsenats wird ausdrücklich von Johannsen in einer Anmerkung zu der Entscheidung (LM § 511 ZPO Nr. 16) bestätigt: Im gewöhnlichen Zivilprozeß würden die Rechte einer Partei nie verkürzt durch ein Urteil, das ihren Anträgen voll entsprochen habe. Anders im Scheidungsprozeß; daher "muß der für die Ermittlung der Beschwer der klagenden Partei aufgestellte Grundsatz für dieses Verfahren dem angepaßt werden." Demnach soll die klagende Partei in einer Ehesache durch ein Urteil, daß ihren Anträgen voll entsprochen habe, unter den Umständen dennoch "beschwert" sein, wie sie in diesem Fall vorlagen.
Hier wird einmal mehr deutlich, daß der Begriff Beschwer häufig nichts anderes ist, als eine pauschale Bezeichnung dafür, daß die für die Zulässigkeit erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, die allerdings für die einzelnen Fallgruppen einigermaßen bestimmt sein mögen.
Fraglich ist aber, ob diese -man kann in diesem Fall wohl sagen, bewußte - Ausweitung des Begriffes zweckmäßig ist. Einmal wird damit die Beschwer von dem Erfordernis der formellen Beschwer (mindestens beim Kläger) befreit, das doch bisher als die elementarste, am leichtesten erkennbare Voraussetzung für die Zulässigkeit galt, zum anderen werden dafür immer neue Abgrenzungskriterien benötigt. Die Auswahl dieser Kriterien und die Entscheidung darüber im Einzelfall belasten wiederum die Zulässigkeitsprüfung. Wenn man nach dieser Entscheidung den Begriff der Beschwer definieren wollte, dann müßte man praktisch die ganze Entscheidung zitieren mit all den Einschränkungen und Zusätzen, die zur Abgrenzung erforderlich waren. Schließlich wäre

doch zu bedenken, ob es nicht überzeugender wirken würde, eine Ausnahme von einem Prozeßgrundsatz schlicht als solche zu bezeichnen, anstatt aus Anlaß eines einzigen Falles einen bewährten Begriff inhaltlich so zu verändern, daß der Fall scheinbar in Übereinstimmung mit dem "altbewährten" Grundsatz befriedigend zu lösen ist.

Zu welchen systemwidrigen Begründungen diese Ausweitung des Begriffes Beschwer und die damit verknüpfte Notwendigkeit, unter Umständen immer neue Abgrenzungskriterien zu finden, führen kann, zeigt ein vom OLG Hamm (FamRZ 63, 255) entschiedener Fall. Der Kläger wurde antragsgemäß aus § 45 Ehegesetz geschieden. Er erfuhr nach Urteilsverkündung, daß die Beklagte früher sterilisiert worden sei und wollte mit der Berufung die Aufhebung der Ehe und Schuldigsprechung der Beklagten erreichen, weil sie ihm dies arglistig verschwiegen habe. Grundsätzlich, so heißt es in der Begründung, könne der Kläger diesen Grund nach Urteilsverkündung mit der Berufung geltend machen. Eine Beschwer als Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Berufung könne in einem solchen Falle jedoch nur dann angenommen werden, wenn der neue Scheidungs- oder Aufhebungsgrund auch bewiesen werde. Sonst werde dem Berufungskläger die Möglichkeit eröffnet, einen gar nicht bestehenden oder - wie hier - bloß vermuteten neuen Grund vorzubringen, um zunächst die Zulässigkeit der Berufung zu erreichen und dann die ihm bereits in erster Instanz bekanntgewesenen Gründe nachzuschieben.
Das OLG Hamm versucht hier, mit einem ebenso praktischen wie systemwidrigen Verfahren diese Ausnahmen einzudämmen. Es ist wohl ein Novum, daß ein Rechtsmittelkläger die Sachbehauptungen, die er in der Berufungsinstanz vorzubringen gedenkt, von vornherein beweisen muß, nur um erst die Zulässigkeit des Rechtsmittels zu erreichen. Andererseits ist die Ausnahme selbst schon systemwidrig und eine wirksame Eingrenzung daher angebracht. Es ist einzusehen, daß ein Scheidungskläger unter diesen Umständen aus Kostengründen kaum versuchen wird, ein Rechtsmittel zu diesem Zweck einzulegen, wenn er seine Behauptungen nicht beweisen

kann, so daß eine gewisse Gewähr dafür gegeben wäre, daß nur in aussichtsreichen Fällen Berufung eingelegt wird. Praktisch wird hier aber zuerst geprüft, ob der Sachantrag des Klägers begründet ist und dann die Zulässigkeit des Rechtsmittels festgestellt. Die Begründetheitsprüfung ist praktisch mit der Zulässigkeitsprüfung identisch. Wenn es aber einmal soweit gekommen ist, dann hat die Zulässigkeitsprüfung beim Rechtsmittel ihre Funktion als eine "typisierte" Vorprüfung des Rechtsschutzbedürfnisses eingebüßt. Sie hat ihre Existenzberechtigung verloren; man kann sie genausogut weglassen.[9)] Es ist unnötig, ein Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen, wenn bereits feststeht, daß es unbegründet ist, genauso wie es unnötig ist, noch ein Wort über die Zulässigkeit zu verlieren, wenn bereits festgestellt ist, daß es begründet ist. Man hat die Beschwer als Zulässigkeitsvoraussetzung dadurch ad absurdum geführt, daß man den Kreis der Kriterien dafür zu weit spannte. Gerade das aber geschieht nur allzuleicht, wenn man den Begriff der Beschwer nicht scharf und allgemeingültig faßt.

Das OLG Koblenz (NJW 52, 891) entschied mit einer interessanten Begründung über eine Wiederaufnahmeklage, mit der ein Ehebruch nachträglich geltend gemacht werden sollte. In diesem Fall waren Klage und Widerklage auf § 48 Ehegesetz gestützt und die Ehe antragsgemäß geschieden worden.
In der Begründung heißt es, die Wiederaufnahmeklage sei zulässig, obwohl keine formelle Beschwer vorliege. Der Fall sei der Berufungseinlegung zu diesem Zwecke ähnlich. Entscheidend für die Beschwer sei die materielle Rechtslage. Aber die Klage sei unbegründet, wozu nun eine Reihe von Argumenten angeführt wird. Der Kläger behaupte jetzt einen Ehebruch mit einer anderen Frau, also eine neue Tatsache, was an sich noch möglich sei. Die neue Tatsache stelle aber gleichzeitig einen neuen Klagegrund für die neue Widerklage dar. Weil die Rechtskraft eines Urteils die Geltendmachung eines neuen Klagegrundes nicht hindere, sei die Wiederaufnahme überflüssig. Daraus habe man in der Rechtsprechung in Ehesachen einen "Umkehrschluß" gezogen: Weil eine Ehe

9) Vgl. hierzu auch Pohle, Festschr. f.Lent, S. 204, 206.

nur einmal geschieden werden könne, müsse die Wiederaufnahmeklage auch bei einem neuen Klagegrund möglich sein. Das sei aber nicht zwingend.
Der Grundsatz der Rechtssicherheit gehe hier vor. Es möge noch angehen, wenn etwa die Scheidungswiderklage aus § 43 Ehegesetz abgewiesen worden sei und später aus Ehebruch wiederholt werde. Wenn aber eine Partei mit ihrem Antrag aus § 43 Ehegesetz durchgedrungen sei und später nur eine andere Schuldverteilung begehre, dann könne das eine Wiederaufnahmeklage nicht rechtfertigen. Hier stelle der Restitutionskläger außerdem einen neuen und weitergehenden Antrag. Die Frage, ob er eine "günstigere Entscheidung" im Sinne des § 580 Ziff. 7b ZPO erhalten haben würde, müsse aber von seinem früheren Antrag her gesehen werden. Auch sei das erste Urteil keineswegs unrichtig und durch die Neuentdeckung des Ehebruchs sei ihm nicht die Grundlage entzogen.

Einmal wird hier die Entscheidung über die Begründetheit der Klage von dem Ergebnis einer Abwägung zwischen der Rechtssicherheit und dem Interesse des Restitutionsklägers abhängig gemacht. Letzteres soll offensichtlich erst dann vorgehen, wenn die angestrebte Verbesserung der Rechtsposition erheblich ist. Eine andere Schuldverteilung allein soll dazu noch nicht ausreichen. Diese Abwägung ist nun aber typisch für die Feststellung des Rechtsschutzinteresses beim Rechtsmittelkläger und sie ist in den anderen Entscheidungen durchweg im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung getroffen worden.[10] Als Folge dieser Interessenabwägung hat man dann entweder eine Ausnahme von der Beschwer angenommen, wenn man nämlich von der Beschwer als der formellen Beschwer ausging oder man hat die Beschwer bejaht, wenn man von einem sehr weiten Begriff der Beschwer ausging. Auf jeden Fall wurden all diese Überlegungen unter dem Gesichtspunkt der Beschwer angestellt. Man ist sich nun aber darüber einig, daß die Beschwer im Rahmen der Zulässigkeit der Wiederaufnahmeklage

10) Eine Beschwer für die Wiederaufnahmeklage ist erforderlich: Baumbach-Lauterbach Bem. 1 zu § 578; Stein-Jonas Bem. II zu § 578; Wiczorek Bem. B Ia 1 zu § 578.

zu prüfen sei.[11] Es muß auffallen, daß trotzdem die Wiederaufnahmeklage in diesem Fall ausdrücklich als zulässig aber unbegründet abgewiesen wurde.
Ähnliches gilt auch für das zweite Argument, wonach es für die Frage, ob der Restitutionskläger eine günstigere Entscheidung erhalten haben würde, auf seinen früheren Antrag ankommen soll. Damit wird praktisch d o c h auf seine formelle Beschwer abgestellt.[12] Was er im Vorprozeß nicht beantragt hatte, das soll er im Wiederaufnahmeverfahren auch nicht geltend machen können.
Obwohl in dieser Entscheidung die Wiederaufnahmeklage ausdrücklich mit dem Hinweis auf die Ausnahmerechtsprechung in Ehesachen und darauf, daß es für die Beschwer nur auf die materielle Rechtslage ankomme, für zulässig erklärt wird, wird die Klage dann als u n b e g r ü n d e t abgewiesen mit Argumenten, die der Sache nach nichts anderes besagen, als daß das Rechtsschutzbedürfnis sowie die formelle Beschwer fehlten, Umstände also, die allgemein unter dem Gesichtspunkt der Beschwer als Zulässigkeitsvoraussetzungen angesehen werden. Die Begründetheitsprüfung umfaßt nach herrschender Meinung[13] bei der Wiederaufnahmeklage lediglich die Erörterung der Frage, ob die behaupteten Wiederaufnahmegründe wirklich vorliegen.
Die Unklarheit des Begriffs hat also hier dazu geführt, daß die Wiederaufnahmeklage zwar sang- und klanglos für zulässig erklärt wurde, daß man aber dann im Rahmen der Begründetheit der Klage den Erfolg versagte aus Überlegungen heraus, die sonst allgemein schon bei der Zulässigkeit angestellt werden.

Es wurde oben schon darauf hingewiesen, daß das Ergebnis der Zulässigkeitsprüfung häufig wesentlich von der Abwägung zwischen der Rechtssicherheit und dem Rechtsschutzbedürfnis des Rechtsmittelklägers abhängt und daß man letzteres im allgemeinen nur dann für ausreichend ansieht, wenn der

11) Vgl. z.B. Rosenberg § 156 IV; Wieczorek § 578 Bem.B Ib 3; Zöller § 578 Bem. 1d.
12) So auch Berg in einer Anm. zu der Entscheidung.
13) Vgl. etwa Rosenberg Lb. § 156 IV.

Rechtsmittelkläger eine erheblich bessere Rechtsposition erreichen kann.
In einem vom BGH (FamRZ 57, 316,IV.Sen.) entschiedenen Fall war die Ehe gemäß Antrag der Klägerin nach § 44 Ehegesetz ohne Schuldausspruch geschieden worden. Mit der Berufung begehrte die Klägerin Scheidung wegen Verschuldens. Der BGH hielt die Berufung für unzulässig. Dies wird lapidar damit begründet, daß es auf Seiten des Klägers an einer Beschwer nur dann fehle, wenn er ein obsiegendes Urteil erstritten habe, in welchem seinem Klagantrag in vollem Umfange stattgegeben worden sei. Wenn der Rechtsmittelkläger durch die Entscheidung aber nicht beschwert sei, dann fehle es für die Verfolgung eines Rechtsmittels an einem Rechtsschutzbedürfnis.[14)]

Angesichts dieser klaren Grenzziehung werden einige weitere Entscheidungen des BGH, die teilweise schon im ersten Abschnitt zitiert wurden,zunächst nicht ganz verständlich erscheinen.
In einem Fall (BGH JZ 53, 276 IV. Sen. mit Anm. Lent) hatte der Kläger beantragt, die Ehe wegen Verschuldens der Beklagten zu scheiden. Die Beklagte hatte zunächst beantragt, die Klage abzuweisen und auf ihre Widerklage die Ehe wegen Verschuldens des Klägers zu scheiden. In der mündlichen Verhandlung erschien für die Beklagte ein Referendar, der nur beantragte, den Kläger für schuldig zu erklären. Die Frage, ob dieser Antrag im Sinne der Beklagten war oder der "richtige"Antrag nur versehentlich nicht gestellt wurde, erübrigt sich wohl, da das LG jedenfalls im Tatbestand des Urteils davon ausgeht, daß die Beklagte in dieser Verhandlung ihre Widerklage mit Zustimmung der Beklagten zurückgenommen habe.

14) Vgl. auch OLG Koblenz FamRZ 60, 498: Beschwer abgelehnt, da die in erster Instanz siegreiche Klägerin (Scheidung nach § 48 Eheges.) aus demselben Sachverhalt Scheidung nach § 43 Eheges. begehrte. Habscheid hält (in Anmerkung dazu) die Beschwer nicht für gegeben, weil die Klägerin mit dem ersten Antrag den Streitgegenstand, auch was die rechtliche Wertung angehe, festgelegt habe und das Urteil antragsgemäß ergangen sei. Vgl. andererseits RG JW 11, 655: Siegreicher beklagter Ehegatte kann keine Berufung einlegen, um Widerklage zu erheben.

Die Ehe wurde auf die Klage nach § 48 Ehegesetz geschieden und der Kläger für schuldig erklärt. Die Beklagte legte Berufung ein mit dem Antrag, die Ehe auf Klage und Widerklage zu scheiden und den Kläger wegen Ehebruchs für alleinschuldig zu erklären. Der BGH hielt die Beklagte für beschwert und sah die Beschwer darin, daß die Beklagte sich auf Grund des angefochtenen Urteils schlechter stelle, als nach dem Urteil, das sie mit der Berufung anstrebe. Falls die Behauptungen der Beklagten zuträfen, so heißt es, wäre die Ehe auf die Widerklage wegen Ehebruches zu scheiden und die Ehebrecherin nach § 624 ZPO namentlich festzustellen. Weitere negative Folgen für den Kläger würden sich aus dem § 172 StGB und § 6 Ehegesetz ergeben.
Nach der Formulierung des BGH ist man zunächst geneigt, mit Lent (in Anm. dazu) anzunehmen, der BGH verändere hier völlig den Begriff der Beschwer. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, daß diese Formulierung zwar für diesen Fall und auch einen weiteren (JZ 55, 423) zutrifft, daß es sich aber hier wiederum um Ausnahmen handelt.
Wie schon oben gezeigt, hielt der BGH schon vordem den Beklagten, teilweise im Gegensatz zum Kläger, für beschwert, sobald er durch ein Urteil in irgendeiner Weise benachteiligt war, oder mit anderen Worten, sobald das vorinstanzliche Urteil noch irgendwie günstiger hätte für ihn ausfallen können. Dabei sollte es grundsätzlich nicht auf die Anträge des Beklagten ankommen. Von da aus gesehen war es nur konsequent, wenn der BGH für die Beschwer darauf abstellte, "ob die erstrebte Änderung des Urteils der Partei eine günstigere Rechtsstellung verschafft" (Lent a.a.O.). Natürlich muß der Rechtsmittelkläger mit dem Rechtsmittel auch eine Verbesserung seiner Rechtsstellung anstreben. Nur reicht das im Normalfalle für die Zulässigkeit noch nicht aus. Er muß eben auch noch durch das vorinstanzliche Urteil benachteiligt sein. Und gerade das ist ja hier auch der Fall. Die Beklagte hätte man entsprechend der bisherigen Rechtsprechung als beschwert ansehen können, da der Klage stattgegeben worden war. Dabei brauchte es keine Rolle zu spielen, daß die Beklagte in erster Instanz

schließlich gar nicht mehr beantragt hatte, die Klage abzuweisen. Auf den Antrag des Beklagten in der Vorinstanz sollte es ja auch bisher schon nicht ankommen. Die Besonderheit kommt erst jetzt: Die Beklagte hat sich in diesem Fall mit ihrem Berufungsantrag gar nicht gegen die K l a g e zur Wehr gesetzt, sondern lediglich selbst W i d e r k l a g e erhoben, um ihr eigenes "Recht"[15] auf Scheidung geltend zu machen. Sie "nutzte" also die Beschwer (= Benachteiligung) durch die Zuerkennung der Klage nur aus, um ihrerseits Widerklage zu erheben. Würde man nun dieser Entscheidung wirklich den vom BGH formulierten Satz als allgemeingültigen Grundsatz entnehmen, wonach der Beklagte dann beschwert sei, wenn er sich aufgrund des angefochtenen Urteils schlechter stelle, als nach dem Urteil, das er mit der Berufung anstrebe, dann würde der Beklagte etwa bei einer gewöhnlichen Leistungsklage auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme, gleichgültig, ob er unterlegen ist oder obsiegt hat, Berufung einlegen können mit dem Ziel, nicht etwa sich gegen die Klage zur Wehr zu setzen, sondern um seinerseits Widerklage auf Erbringung irgendeiner anderen Leistung zu erheben, weil ja das jetzt angestrebte Urteil für ihn auf jeden Fall vorteilhafter wäre. Das würde allerdings mit der bisherigen Rechtsprechung im Widerspruch stehen, die doch immer wieder betont, der Rechtsmittelkläger müsse mit seinem Rechtsmittel gerade die vorhandene Beschwer zu beseitigen trachten und ein Rechtsmittel sei unzulässig, wenn der Rechtsmittelkläger es nur deshalb einlege, um seinerseits Widerklage zu erheben.[16] In diesem Fall müßte man Lent recht geben, der

15) Auf die mit dieser Formulierung aufgeworfenen Fragen kann hier nicht eingegangen werden; vgl. dazu Bötticher, Festgabe f. Rosenberg 1949 S. 73 ff. (79 f.) und Baur ZZP 74, 209.

16) Vgl. schon RG 13, 390 (392): "...so fehlt doch... der Berufungsklage... eine völlige Selbständigkeit, da die Berufungsklage immer nur auf die Anfechtung des ersten Urteiles innerhalb der durch die erstinstanzlichen Klaganträge gezogenen Grenzen gerichtet sein kann..."; "... Ein solcher Beschwerdegrund kann...unmöglich schon dadurch gegeben sein, daß ein (in erster Instanz; d.Verf.) nicht geltend gemachter Anspruch dem Berufungskläger nicht zuerkannt ist." (S.394) Vgl. auch etwa BGH LM § 511 ZPO Nr. 6, IV. Sen. (derselbe Senat!)

diese Entscheidung (wie übrigens auch die ähnliche Entscheidung BGH JZ 55, 423) für falsch hält, da sie lediglich darauf abstelle, "ob die e r s t r e b t e Änderung des Urteils der Partei eine günstigere Rechtsstellung verschafft", während nach bisheriger Auffassung die formelle Beschwer maßgebend gewesen sei.

Des Rätsels Lösung liegt darin, daß es sich auch in diesen Fällen in Wirklichkeit um Ausnahmen handelt. Der diese Entscheidungen tragende Gedanke kann nur darin liegen, daß man in diesen Fällen der beklagten Partei noch eine letzte Chance geben will, auch selbst durch die Geltendmachung eigener "Rechte" mit der Widerklage die künftige, nach der Scheidung bestehende Rechtslage "mitzugestalten", wenn schon eine bloße Abwehr der Klage (also die Beseitigung der Beschwer im üblichen Sinne) aussichtslos erscheint.

Tatsache ist jedenfalls, daß dieser Fall auch vom RG in gleichem Sinne entschieden worden ist.[17] Aus diesem Grunde stellen die beiden BGH-Entscheidungen (JZ 53, 276; JZ 55, 423) durchaus keine Neuerung dar. Das mußte man jedoch angesichts der hier vom BGH formulierten Definition der Beschwer annehmen.[18] Für diese beiden Entscheidungen könnte man etwa folgenden Leitsatz aufstellen: In Ehesachen kann die unterlegene, beklagte Partei Berufung einlegen, nicht nur, um eine Klagabweisung zu erreichen, sondern auch, um lediglich einen Mitschuldantrag zu stellen oder um lediglich Widerklage zu erheben; es kommt nur darauf an, ob das mit dem Rechtsmittel angestrebte Urteil für die beklagte Partei günstiger ist, als das Urteil der Vorinstanz. Bei

17) Vgl. Ascher MDR 53, 584 f. u. folgende Entscheidungen: RG JW 1905, 154 Nr.42; Ehe wurde auf Klage hin geschieden. Der unterlegene und auch mit seiner Widerklage abgewiesene Beklagte begehrte mit der Berufung nur noch Mitschulderklärung der Klägerin. Zulässig. RG 106, 220; Erstinstanzliches Urteil gibt der Scheidungsklage statt. Die Beklagte kann Berufung einlegen, lediglich um Scheidungswiderklage zu erheben auf Grund eines bisher nicht geltend gemachten Verhaltens des Klägers. RG 115, 86; der Ehegatte (mit Scheidungsklage selbst unterlegener Kläger), gegen den auf Aufhebung der ehelichen Geminschaft erkannt wurde, kann lediglich zu dem Zweck Berufung einlegen, um die Scheidung der Ehe aus beiderseitigem Verschulden herbeizuführen. Vgl. S. 87: →-100-

dieser Formulierung hätte man die Entscheidungen sofort in die Reihe der Ausnahmen von der Beschwer in Ehesachen eingereiht; jetzt hätte man nur noch darüber streiten können, ob die Eigenart dieser Fälle eine solche Ausnahme rechtfertige. Wenn man allerdings den letzten Satz dieses Leitsatzes abtrennte und in allgemeingehaltener Formulierung zur Definition der Beschwer erhob, wie es der BGH tat, dann mußte das zum Widerspruch herausfordern. Tatsächlich gab das ja auch den Anlaß zu der Auseinandersetzung um die Beschwer. Die Besonderheit dieser beiden Fälle war auch deshalb so schwer zu erkennen, weil in den Entscheidungsgründen nicht darauf hingewiesen wurde, daß die beklagten Parteien gar nicht ihre an sich vorhandene Beschwer (mindestens materielle Beschwer, weil der Klage stattgegeben worden war) beseitigen, sondern es vielmehr bei der Scheidung auf die Klage hin belassen wollten und nur danach trachteten, unter diesen gegebenen Umständen ihre Rechtsposition noch zu verbessern. Gerade darauf weist der BGH (ZZP 74, 362 ff., IV.Sen. mit Anm. Habscheid) jedoch in einer weiteren Entscheidung noch deutlicher hin. In diesem Falle hatte die Klägerin beantragt, ihre Ehe mit dem Beklagten zu scheiden und den Beklagten für schuldig an der Scheidung zu erklären. Der Beklagte hatte beantragt, auf die Klage zu erkennen, was rechtens sei; im Wege der Widerklage hatte er beantragt, die Ehe zu scheiden und die Klägerin für schuldig zu erklären.
Gegenüber der Widerklage hatte die Klägerin beantragt, zu erkennen, was rechtens sei. Beide Parteien hatten in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem LG auf die Feststellung, daß das Verschulden der Gegenpartei überwiege, verzichtet. Das LG schied die Ehe auf Klage und Widerklage und erklärte beide Parteien für schuldig, ohne das Ausmaß der Schuld festzustellen.

Der Beklagte legte Berufung ein mit dem Antrag, die Ehe aus

Fortsetzung zu Anm.17): "...Für den vorliegenden Fall kommt hinzu, daß die Scheidungsklage des Klägers abgewiesen ist. Das Ziel seiner Scheidungsklage verfolgt er aber auch, wenn er mit seiner Berufung die Mitschuldigerklärung der Beklagten verlangt."

18) So Lent in Anm. dazu und Baur, Festschr. f.Lent S. 1 ff.; vgl. auch Nicolini NJW 55, 617.

überwiegender Schuld der Klägerin zu scheiden. Gleichzeitig focht er den in erster Instanz ausgesprochenen Verzicht an, da man bei der Erklärung des Verzichts davon ausgegangen sei, daß man wechselseitig auf Unterhalt verzichten würde. Nachdem das OLG die Berufung zurückgewiesen hatte, erklärte der BGH sie für zulässig und verwies die Sache zur sachlichen Prüfung an das OLG zurück. Der BGH nahm an, der Beklagte erweitere sein Begehren in erster Instanz und beantrage nunmehr auf seine Widerklage eine Scheidung aus überwiegendem Verschulden der Klägerin. Eine Änderung des Urteils, soweit es auf die Klage hin erfolgt sei, also die Abweisung des Klagantrags der Klägerin, habe er nicht beantragt.

Der Beklagte sei zwar insoweit nicht beschwert, als er mit seinem Widerklageantrag in vollem Umfang durchgedrungen sei. Aufgrund des Verzichtes der Parteien sei das Gericht auch nicht verpflichtet gewesen, festzustellen, ob das Verschulden des einen Ehegatten erheblich schwerer war, als das des anderen.

Die Beschwer des Beklagten ergebe sich jedoch daraus, daß die Ehe auf den Antrag der Klägerin auch aus seinem Verschulden geschieden worden sei, obwohl der Beklagte diesem Antrag nicht entgegengetreten sei, sondern lediglich gebeten habe, zu erkennen, was rechtens sei (materielle Beschwer !).

Unter Berufung auf die soeben besprochenen Urteile stellt der BGH dann fest, daß es für die Beschwer des Beklagten nicht auf dessen Stellungnahme zum Klagantrag ankomme, sondern nur darauf, ob jener durch den Inhalt der angefochtenen Entscheidung in seiner Rechtstellung benachteiligt sei. Aufgrund dieser Beschwer habe der Beklagte Berufung auch lediglich zum dem Zweck einlegen können, um s e i n Klagebegehren durch den Antrag auf Feststellung der überwiegenden Schuld der Klägerin zu erweitern und so seine Rechtsstellung gegenüber derjenigen, die ihm nach dem Inhalt des angefochtenen Urteils zukomme, zu verbessern. Das müsse umsomehr möglich sein, als ein Beklagter nach der Entscheidung JZ 53, 276 in einem Schei-

dungsrechtsstreit die Berufung sogar zu dem Zweck einlegen könne, um erst in der Berufungsinstanz eine Widerklage auf Scheidung zu erheben.

Damit wird nun wiederum deutlich, daß dem seinerzeit wegen der Unterscheidung der Beschwer beim Kläger und Beklagten gerade anläßlich dieser Entscheidungen entstandenen Streit nicht die entscheidende Bedeutung zukommt, wie es zunächst erscheinen mochte. Die Diskussion um die Zulässigkeit des Rechtsmittels muß sich vielmehr bei näherem Zusehen auf die gerade hier auftauchende Frage verschieben, inwieweit die Besonderheit der Ehescheidungssachen es rechtfertigt, daß man auf die für die Zulässigkeit üblichen Erfordernisse wenigstens teilweise verzichtet. Die drei zuletzt zitierten Entscheidungen sind damit zu Recht unter die Ausnahmen von der Beschwer zu rechnen.

Zusammenfassung

Die Gestaltungswirkung des Scheidungsurteils tritt mit der Rechtskraft von selbst ein. Der klagende Ehegatte hat keine Möglichkeit, diese an sich zunächst beabsichtigte Wirkung im Falle eines Sinneswandels noch einmal abzuwenden, indem er einfach die Zwangsvollstreckung nicht betreibt, wie bei einem Leistungsurteil. Er kann allerdings die Klage mit Zustimmung des beklagten Ehegatten bis zum Eintritt der Rechtskraft zurücknehmen. Kurz vor Eintritt der Rechtskraft ist es aber ungewiß, ob er die erforderliche Zustimmung des beklagten Ehegatten noch rechtzeitig erlangt. Eine ehefreundliche Rechtsprechung gestattet daher dem siegreichen Scheidungskläger seit vielen Jahrzehnten, ohne jede Beschwer ein Rechtsmittel nur zum Zwecke der Klagrücknahme oder des Klagverzichtes einzulegen. Man ist sich darüber einig, daß in solchen Fällen das Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe den Vorrang habe vor dem allgemeinen Interesse an der Entlastung der Instanzgerichte.
Diese Ausnahme von dem Grundsatz der Beschwer erfordert neue Abgrenzungskriterien. So fordert der BGH vom Rechtsmittelkläger, daß er den ernstlichen Willen habe, die Ehe fortzusetzen.

Daneben hat das RG das Rechtsmittel ohne Beschwer aus demselben Grunde auch für den Fall zugelassen, daß der Rechtsmittelkläger statt der endgültigen Scheidung nur eine Ehetrennung herbeiführen will.
Dagegen läßt sich eine weitere Variante nicht mehr mit dem Gesichtspunkt des Eheschutzes rechtfertigen. Einige Oberlandesgerichte gaben nämlich dem siegreichen Scheidungskläger die Möglichkeit, ein Rechtsmittel ohne Beschwer auch zu dem Zweck einzulegen, um die Scheidung aus einem schwereren Scheidungsgrunde zu begehren, sofern er ohne sein Verschulden erst nachträglich in die Lage versetzt worden war, diesen Scheidungsgrund geltend zu machen. Diese Ausnahme läßt sich nur damit rechtfertigen, daß der Scheidungskläger sonst mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils endgültig die Möglichkeit verlieren würde, diesen

Grund geltend zu machen und damit seine Rechtsposition nach der Scheidung in gewissen Punkten zu verbessern.

Eines war dieser Rechtsprechung bislang gemeinsam: Man faßte diese Fälle als wirkliche Ausnahmen von dem Grundsatz der Beschwer auf. Bei der Begründung wurde deutlich, welche Interessen miteinander in Konflikt lagen und aus welchen Gründen man welchem Interesse den Vorzug gab. Der BGH scheint diese Rechtsprechung im Ergebnis anzuerkennen, insbesondere auch die dritte Variante. Er ist allerdings der Ansicht, man brauche dabei das Prinzip der Beschwer nicht aufzugeben. Der Rechtsmittelkläger wird für "materiell beschwert" gehalten, weil er eben seine Rechtslage gegenüber dem anderen Ehegatten für die Zukunft noch erheblich verbessern kann. Dieser Begriff der Beschwer wäre allerdings entscheidend verändert; das bisher wichtigste Element, die formelle Beschwer würde fehlen: Der Rechtsmittelkläger könnte in der nächsten Instanz noch mehr beantragen, obwohl seinem Antrag in der Vorinstanz in vollem Umfange entsprochen worden war. Diese Fälle sind und bleiben in Wirklichkeit Ausnahmen von dem Grundsatz der Beschwer.

Durch diese Erweiterung des Begriffes Beschwer wird der eigentliche Interessenkonflikt verdeckt. Zudem benötigt man eine ganze Reihe von zusätzlichen Kriterien: Die vom Rechtsmittelkläger angestrebte Verbesserung seiner Rechtsposition muß erheblich sein, es muß "den Aufwand lohnen". Den Rechtsmittelkläger (Kläger der Vorinstanz) darf an der verspäteten Geltenmachung des schwereren Scheidungsgrundes kein Verschulden treffen. Er darf auf die Geltendmachung nicht in irgendeiner Weise verzichtet haben. In einem Fall (OLG Hamm) wurde verlangt, daß der Rechtsmittelkläger die Sachbehauptungen auch gleich beweisen müsse.

Das Erfordernis dieser neuen Kriterien macht die Zulässigkeitsprüfung unübersichtlich und das Ergebnis sehr unsicher. Soweit Teile der Begründetheitsprüfung (Beweis der Sachbehauptungen!) in die Zulässigkeitsprüfung mit einbezogen werden, verliert diese ihren Sinn, weil sie die Instanzgerichte ja gerade vor einer unnötigen Sachprüfung bewahren soll.

Wie leicht durch Anwendung eines unscharfen Begriffs der Beschwer die Grenze zwischen Zulässigkeit und Begründetheit verwischt wird, zeigt ein Urteil des OLG Koblenz, in dem die Zulässigkeit einer Wiederaufnahmeklage mit Hinweis auf die Ausnahmerechtsprechung in Ehesachen bejaht, dagegen die Begründetheit mit Argumenten (praktisch formelle Beschwer!) verneint wird, die üblicherweise nur bei der Zulässigkeit geprüft werden.

Der BGH hat schließlich die Rechtsprechung des RG auch insoweit übernommen, als er anerkennt, daß in Ehesachen der unterlegene beklagte Ehegatte die Beschwer durch das vorinstanzliche Urteil auch dazu "ausnützen" dürfe, um nach Einlegung des Rechtsmittels mittels Widerklage lediglich ein "eigenes Scheidungsrecht" geltend zu machen, ohne gleichzeitig die an sich vorhandene Beschwer beseitigen zu wollen, was im Normalfall selbstverständlich wäre.

Die mißverständliche Formulierung des BGH in einer dieser Entscheidungen, es komme nur darauf an, ob das angestrebte Urteil für den Rechtsmittelkläger vorteilhafter sei als das ergangene, gab den Anlaß für die Auseinandersetzung um die Beschwer, da der Ausnahmecharakter dieser Entscheidungen durch die scheinbar allgemeingültige Definition des BGH verborgen blieb.

Die Beschwer bei unbeziffertem Klagantrag

Wenn ein Kläger den eingeklagten Betrag nicht ziffernmäßig bestimmt, sondern etwa einen "angemessenen" Betrag fordert, dann kann das verschiedene Gründe haben, sei es, daß er überhaupt keine Vorstellung davon hat, was er in einem solchen Fall "üblicherweise" verlangen kann (Schmerzensgeld), sei es, daß er selbst den Schaden noch nicht abzuschätzen vermag und daß er diese Schätzung einem Gerichtsverfahren unter Zuhilfenahme eines Sachverständigen überlassen will oder sei es schließlich, daß er sich scheut, einen bestimmten Betrag zu nennen, weil er fürchtet, teilweise abgewiesen und mit Kosten belastet zu werden, die er für vermeidbar hält.

Die Rechtsprechung hat unter bestimmten Voraussetzungen einen unbezifferten Klagantrag zugelassen. Der Antrag wird für "bestimmt" i.S.d. § 253 II Ziff. 2 ZPO gehalten, wenn wenigstens die Klagbegründung konkrete Angaben über die für die Bemessung des Betrages wesentlichen Umstände enthält, so daß das Gericht eine für die Ermessensanwendung ausreichende Grundlage hat.[1)]

Wenn ein Klagantrag ziffernmäßig nicht bestimmt war und der Kläger ein Rechtsmittel einlegt, weil ihm der zugesprochene Betrag zu gering erscheint, dann erhebt sich sofort die Frage, ob und in welchem Umfang der Kläger beschwert ist. In der Rechtsprechung werden nun grob gesehen zwei Richtungen vertreten. Die eine Meinung versucht, aus dem Klagantrag in Verbindung mit den Urteilsgründen Anhaltspunkte zu gewinnen, die bei einem Vergleich mit dem Urteil einen Schluß darauf zulassen, ob eine Beschwer vorliegt oder nicht. Diese Meinung wird man wohl als die herrschende bezeichnen können.[2)] Daneben wird die Auffassung vertreten, der Klag-

1) RG 165, 289 (298); BGH 4, 138; BGH NJW 64, 1797; Rosenberg Lb. S. 446 f.; Stein-Jonas Anm. III 2a α zu § 253 ZPO; Wiczorek Anm. G IIIa 3 zu § 253 ZPO.

2) So vor allem BGH JZ 66, 276; Pawlowski NJW 61, 341; Donau NJW 57, 130; Carl VersR 57, 699; Willms JZ 52, 618; Dunz NJW 57, 1661.

antrag habe in einem solchen Falle letztlich nur die Billigkeitsentscheidung des letztinstanzlichen Gerichts zum Gegenstand.[3] Nach dieser Auffassung ist praktisch ein Rechtsmittel immer dann zulässig, wenn der Kläger behauptet, er sei mit dem zuerkannten Betrag nicht zufrieden.

Anhand einiger Entscheidungen sollen nun die Argumente aufgezeigt werden, die hier eine Rolle spielen.
Im Falle RG 140, 211 hatte der Kläger Ersatz des Schadens begehrt, der von einem gerichtlichen Sachverständigen festzustellen sei, mindestens aber 600 RM. In der Klagbegründung hatte er jedoch einen weit höheren Betrag als Schaden geschätzt. Das Urteil sprach ihm etwa 800 RM zu; im übrigen wurden die Klage teilweise abgewiesen und dem Kläger die Kosten teilweise auferlegt. Die Berufung des Klägers wurde mangels Beschwer für unzulässig gehalten. Das Berufungsgericht ging dabei nur vom Antrag des Klägers aus und verneinte die Beschwer, da der zuerkannte Betrag noch über dem genannten Mindestbetrag liege. Das RG hielt dagegen eine Beschwer für gegeben. Es führte aus, der Antrag sei mit Hilfe der übrigen Angaben auszulegen. Danach habe der Kläger den geforderten Betrag der Größenordnung nach bestimmt.
Ein sicheres Anzeichen dafür, daß das erstinstanzliche Gericht diese Bestimmung auch so aufgefaßt hatte, ist die Tatsache, daß es die Klage teilweise abgewiesen hatte, obwohl der zuerkannte Betrag noch über dem Mindestbetrag des Antrags lag.[4] Der Kläger war also um den Differenzbetrag beschwert,um den das erstinstanzliche Gericht von dem vom Kläger in der Klagebegründung geschätzten Schadensbetrag abgewichen war.[5]

Im Falle BGH VersR 63, 185 hatte der Kläger ein angemessenes, der Höhe nach vom Gericht festzusetzendes Schmerzensgeld verlangt und in der Begründung die Summe von 30ooo DM

3) So z.B. KG NJW 66, 259; Koebel NJW 57, 1009.
4) So auch Pawlowski NJW 61, 341 (344).
5) So auch OLG Celle VersR 54, 306; KG VersR 62, 482; OLG Stuttgart NJW 61, 81; OLG Karlsruhe NJW 57, 593.

genannt. Das LG hatte ihm 12000 DM zuerkannt. Der BGH bejahte die Beschwer mit der Begründung, der Antrag des Klägers sei mit Hilfe der Begründung auszulegen. Sein Antrag sei nicht dahin zu verstehen, daß er sich unbedingt dem Ermessen des LG habe anvertrauen und dessen Ermessensentscheidung habe unterwerfen wollen. Der Kläger habe ersichtlich ein i h m angemessen erscheinendes Schmerzensgeld verlangen und nicht darauf verzichten wollen, gegen eine ihn nicht befriedigende Entscheidung mit den zulässigen Angriffsmitteln vorzugehen.
Das entscheidende Argument konnte sich jedoch für den BGH nur aus dem Umstand ergeben, daß der Kläger in diesem Fall seine Vorstellung über die Höhe der Summe in der Klagebegründung zum Ausdruck gebracht hatte.

Ebenso stellte der BGH (WM 64, 1099) fest, daß ein Kläger beschwert sei, der zu erkennen gegeben habe, daß er mehr fordere, ohne dies in Ziffern ausgedrückt zu haben, wenn das Urteil hinter seinen Erwartungen zurückbleibe.
Das KG Berlin (VersR 65, 444) hatte einen Fall zu entscheiden, indem der Kläger ein angemessenes Schmerzensgeld verlangt, einen "vorläufigen Streitwert" von DM 1200 angegeben und das erstinstanzliche Urteil ihm DM 1500 zugesprochen hatte. Die Berufung wurde als unzulässig erklärt.
Das KG zählt in der Begründung drei Fallgruppen auf:
1) Fälle, in denen der begehrte Betrag der Größenordnung nach beziffert sei. Hier liege eine Beschwer vor, wenn das Urteil von der Größenordnung abweiche.
2) Fälle, in denen der Betrag ganz in das Ermessen des Gerichts gestellt sei. Hier liege eine Beschwer nur vor bei einem Ermessensfehler.
3) Fälle, in denen der Betrag in das Ermessen des Gerichts gestellt sei, wobei der Kläger zwar eine bestimmte Vorstellung von der Höhe des Betrages habe, die er aber nicht zu erkennen gebe. Das Urteil enthalte zwar keinen Ermessensfehler, weiche aber von diesen Vorstellungen ab.
In diesem Fall (der hier vorlag) verneinte das KG die Beschwer. Eine Vorstellung, so heißt es, die der Kläger nicht zum Ausdruck gebracht habe, könne nicht berücksichtigt werden.

Der Kläger, der einen unbezifferten Klageantrag stelle, tue dies, um das Kostenrisiko zu vermindern. Wenn er diesen Vorteil für sich in Anspruch nehme, dann müsse er auch den Nachteil in Kauf nehmen, daß die ohne Kostenrisiko erwirkte Entscheidung unanfechtbar sei. In diesem Fall werde die Größenordnung des verlangten Betrages durch die vorläufige Streitwertangabe bestimmt.

Der BGH (JZ 66, 276 = LM § 511 ZPO Nr. 20 m.Anm. Schneider) bestätigte schließlich diese Lösung mit aller Deutlichkeit. In diesem Falle hatte der Kläger mit der Berufung ebenfalls geltend gemacht, das Gericht habe auf seinen unbezifferten Leistungsantrag (a n g e m e s s e n e s Schmerzensgeld) dem Urteilsbetrag unangemessen niedrig festgesetzt. Die Beschwer wurde verneint.
Zwar könne eine Beschwer vorliegen, so führte der BGH aus, wenn das Urteil von der e r k e n n b a r e n Vorstellung des Klägers abweiche. Wenn der Kläger den Betrag nicht ausdrücklich geschätzt habe, dann könne sich die Beschwer aus einem Vergleich zwischen dem gesamten Vortrag des Klägers und dem Urteil ergeben. Wenn jedoch nicht zu erkennen sei, daß das Gericht Vorstellungen oder Vorschlägen des Klägers keine Rechnung getragen habe, der Kläger vielmehr die Frage der Angemessenheit nur noch einmal überprüfen lassen wolle, dann liege keine Beschwer vor. Die bloße Behauptung des Klägers, e r habe an die Zubilligung eines höheren Betrages g e d a c h t , genüge nicht.
Schon im Interesse der Rechtsklarheit müsse die Beschwer aus dem Vergleich des Urteils mit dem Klagantrag oder den ihn erläuternden Angaben vor der Rechtsmitteleinlegung festzustellen sein (formelle Beschwer!). Wenn der Kläger nichts sage, dann wolle er das Kostenrisiko klein halten. Das werde noch deutlicher, wenn er den Kostenstreitwert "vorläufig" mit einem geringeren Betrag angebe. Ein Kläger, der sich so benehme, könne der Folge nicht ausweichen, daß auf diese Weise die Möglichkeiten einer Rechtsmitteleinlegung eingeschränkt würden.
Die Ansicht, die bei der Festlegung des Streitgegenstandes und der Bemessung des Streitwertes das erstinstanzliche

Urteil als maßgebend ansehe, andererseits aber großzügig eine Beschwer des in seinen Erwartungen angeblich enttäuschten Klägers bejahe, lasse sich mit der Rechtsmittelregelung der ZPO nicht vereinbaren. Indem diese Lösung den Kläger von Prozeßrisiken weitgehend freistelle, störe sie in empfindlicher Weise das gesetzliche Gefüge einer ausgewogenen prozessualen Risikoverteilung. Hierdurch würden berechtigte Interessen des Beklagten beeinträchtigt.

Diese Rechtsprechung geht somit wie üblich von dem Grundsatz der formellen Beschwer aus, wonach eine Abweichung des Urteils von dem Antrag des Klägers erkennbar sein muß. Da der Vergleich des Urteils mit dem unbezifferten Antrag allein keine solche Feststellung erlaubt, muß der Antrag mit Hilfe des gesamten Klagvorbringens ergänzt werden. Wenn sich auch dann nicht feststellen läßt, daß der Kläger einer Vorstellung von der Höhe des Betrages irgendwie Ausdruck gegeben hat und man somit von einer Abweichung des Urteils vom Antrag nicht sprechen kann, dann liegt eben keine Beschwer vor und das Rechtsmittel ist unzulässig. Im Grunde stellt diese Lösung keine Besonderheit dar, sondern ist nur die folgerichtige Anwendung des Grundsatzes der formellen Beschwer. Der Unterschied zum Normalfall liegt eigentlich nur darin, daß die Beschwer hier nicht auf den ersten Blick als eine ziffernmäßige Differenz zweier Beträge festzustellen ist, sondern um einiges mühsamer durch Auslegung und Schätzung zu ermitteln ist, was naturgemäß einige Unsicherheit mit sich bringt. Der tragende Grundgedanke für diese Lösung liegt aber wohl in folgendem: Dem Kläger ist es ja anheimgestellt, einen bestimmten Betrag zu nennen oder dem Gericht wenigstens bestimmte Ermessensgrenzen zu geben. Wählt er die letztere Möglichkeit und bleibt das Urteil in diesen Grenzen, dann ist er nicht beschwert, weil er praktisch genau das bekommen hat, was er begehrt hatte. Wenn er dem Gericht schon ein Ermessen innerhalb bestimmter Grenzen einräumt, dann begehrt er praktisch von vornherein nicht mehr als den Betrag, den das Gericht nach

s e i n e m Ermessen innerhalb dieser Grenzen festsetzt, sei es auch, daß der festgesetzte Betrag an der unteren Grenze liegt. Der Kläger kann also durch ein solches Urteil auch nicht beschwert sein.[6]
Legt der Kläger selber keine solche Grenzen fest, dann bildet die offenbare Unbilligkeit die "natürliche" Grenze für das Ermessen.[7] Der Kläger ist beschwert, wenn diese Grenze nicht eingehalten ist und das Gericht etwa einen Ermessensfehler begangen hat.

Die andere Auffassung, wonach der Kläger bei unbeziffertem Klagantrag praktisch unbeschränkt Rechtsmittel einlegen kann, sobald ihm der zugesprochene Betrag zu gering erscheint, wurde demgegenüber nur vereinzelt vertreten. Der Gedanke, daß der Kläger in einem solchen Fall die Ermessensentscheidung des letztinstanzlichen Gerichts zum Gegenstand seines Antrages macht, kommt einmal in einem vom RG entschiedenen Fall zum Ausdruck (HRR 31 Nr. 1602). Allerdings waren hier dem Kläger nach unbestimmtem Klagantrag 15000 RM bei Kostenteilung zugesprochen worden, wobei für die erste Instanz ein Streitwert von 30000 RM angenommen worden war.
In der Begründung heißt es, die Auslegung des Antrags durch das Berufungsgericht, wonach der Kläger die Entscheidung dem billigen Ermessen l e d i g l i c h des LG anheim gegeben haben solle, sei nicht zu billigen. Der Kläger habe sich niemals auf das Ermessen des LG, sondern des Gerichtes im allgemeinen berufen. Die Berufung sei darauf gestützt gewesen, daß das Gericht erster Instanz von seinem Ermessen einen anderen Gebrauch hätte machen sollen. Dieser Antrag sei der sachlichen Nachprüfung durch das Berufungsgericht nicht entzogen. Angesichts der Kostenteilung ist es hier jedoch fraglich, inwieweit man dieser Begründung wirklich allgemeine Bedeutung beimessen darf.

6) So Pawlowski NJW 57, 1661. Wohl zu weit geht allerdings Willms, JZ 52 618 (620), der eine Beschwer des Klägers nur anerkennen will, wenn die Klage teilweise abgewiesen wurde.
7) Vgl. Anm. Schneider zu BGH LM § 511 ZPO Nr. 20.

Das KG Berlin (NJW 66, 259) hat schließlich diese Lösung sehr bestimmt vertreten und ausführlich begründet. In diesem Falle hatte die Klägerin ein angemessenes Schmerzensgeld beantragt, ohne ihre zahlenmäßigen Vorstellungen über die Höhe des Schmerzensgeldes in der Klagebegründung zum Ausdruck zu bringen.

Daraus könne jedoch nicht folgen, so heißt es in der Begründung, daß die Klägerin sich mit der erstinstanzlichen Entscheidung abfinden müsse, ohne daß ihr ein Rechtsmittel zur Verfügung stehe. Der Gegenstand des Klaganspruches sei nach dem Parteiwillen nämlich nicht die Billigkeitsentscheidung des erstinstanzlichen, sondern des im Instanzenzug letzten Gerichts, bis zu dem dieser gelangen könne.[8] Damit werde zwar die Frage der Beschwer letztlich von der Begründetheit des Rechtsmittels abhängig gemacht. Das müsse aber in Kauf genommen werden, weil sich dieser Fall der Schmerzensgeldentscheidung jenen Fällen nähere, in denen "sich eine formelle Divergenz zwischen Antrag und gerichtlicher Entscheidung gar nicht feststellen" (Baur, Festschr. f. Lent S. 14) lasse, das Erfordernis einer formellen Beschwer für die Zulässigkeit des Rechtsmittels daher gar nicht aufgestellt werden könne. Wenn einerseits der unbestimmte Klagantrag zugelassen werde, könne nicht andererseits die Beschwer für das

8) Das KG beruft sich hier auf Dunz (NJW 57, 1661). Dieser geht aber ausdrücklich (S. 1662) davon aus, daß für den Kläger "ein Verbot" bestehe, die erstinstanzliche Entscheidung anzufechten, solange sie sich in dem vom Kläger freiwillig eingeräumten Ermessensspielraum bewege. Erst für den Fall, daß dieser Spielraum nicht eingehalten wird, soll dann wohl seine Feststellung gelten, daß sich der Kläger nur zwangsläufig mit der Entscheidung der letzterreichbaren Instanz zufrieden geben wolle. In diesem Fall jedoch hatte die Klägerin dem Ermessen des Gerichtes keinerlei Grenzen gesetzt.
Koebel (NJW 57, 1009) ist aber wohl zu Recht zitiert: Der Kläger müsse sich nicht mit der ersten Instanz abfinden, denn Gegenstand des Antrags sei die Billigkeitsentscheidung des im Instanzenzug letzten Gerichts, bis zu dem die Sache gelangen könne. Das will Koebel offenbar allgemein für Fälle des unbezifferten Klagantrages gelten lassen.

Rechtsmittel versagt werden, weil damit dem Unfallgeschädigten der Instanzenzug genommen werde.[9] Das KG geht ausdrücklich im Gegensatz zu der früheren Entscheidung des KG (VersR 65, 444, s.o.), davon aus, daß auch die vorläufige Streitwertangabe nicht geeignet sei, die Vorstellung der Klägerin über die Größenordnung des Schmerzensgeldbetrages wiederzugeben. Wenn in der Klagebegründung keinerlei zahlenmäßige Hinweise auf die Höhe des Schmerzensgeldes gegeben würden, könne die vorläufige Streitwertangabe nur Bedeutung für die Zuständigkeit und für den Kostenvorschuß haben. Es würde einen nicht hinzunehmenden Rückschritt in der vorangetriebenen sozialen Beurteilung des Schmerzensgeldanspruchs bedeuten, wenn einerseits zur Verminderung des klägerischen Risikos der unbezifferte Klagantrag zugelassen werde, andererseits aber wegen der nur vorläufigen Angabe eines zu geringen Streitwertes die Beschwer versagt würde. Dann würde in der Tat das Gerichtsverfahren in Schmerzensgeldsachen zu einem eininstanzlichen Schiedsverfahren ohne vorherige Schiedsvereinbarung werden.
Auch das Kostenrisiko könne nicht zu einer anderen Beurteilung führen, denn der Streitwert der Berufung sei, wenn der Beklagte nur die Zurückweisung der Berufung beantrage, lediglich die ermessensmäßig begehrte Erhöhung des Schmerzensgeldes. Es sei nicht einzusehen, warum dem Beklagten dieses Prozeßrisiko im zweiten Rechtszug nicht zugemutet werden solle.

9) Das KG zitiert hierzu BGH VersR 63, 185 (s.o.). Für sich betrachtet mögen einige Sätze aus dieser Entscheidung wohl dafür sprechen, daß der BGH der gleichen Ansicht sei. Tatsächlich aber hatte der Kläger in diesem Falle in der Begründung ein Schmerzensgeld von 30000 DM genannt, das LG ihm aber nur 12000 DM zuerkannt. Der BGH sah die Beschwer in diesem Auseinanderfallen des zuerkannten Betrages und des begehrten Betrages, der trotz unbezifferten Antrages der Größenordnung nach bestimmt war.
Die anderen hierzu zitierten Entscheidungen OLG Stuttgart NJW 61, 81; OLG Karlsruhe NJW 57, 593; insbesondere aber RG 140, 211 (s.o.) sind geradezu Musterbeispiele für die entgegengesetzte Meinung. In dem zuletzt genannten Falle war sogar die Klage teilweise abgewiesen worden.

Angesichts dieser Entscheidung stellt sich die Frage nach einer einheitlichen und sachgemäßen Fassung des Begriffes Beschwer nocheinmal in aller Deutlichkeit.
Das KG meint also, wenn das Berufungsgericht dem Kläger etwa statt der 1000 DM des erstinstanzlichen Urteils 1200 DM Schmerzensgeld zuspreche, dann sei die Berufung begründet und dann lasse sich auch feststellen, daß der Kläger in Höhe des Differenzbetrages beschwert gewesen sei.
Damit geht das KG wenigstens für den Fall des unbezifferten Klagantrages wiederum von einer ganz neuen Auffassung der Beschwer aus, die man etwa das Prinzip der objektiven Benachteiligung nennen könnte. Danach ist ein Kläger beschwert, solange er nicht das zugesprochen bekommen hat, was ihm objektiv gebührt. Es würde nicht mehr darauf ankommen, ob man anhand des klägerischen Vorbringens (Klagantrag und Gründe) eine Benachteiligung durch das vorinstanzliche Urteil feststellen kann, sondern nur noch darauf, ob der Kläger durch die Entscheidung objektiv benachteiligt ist, d.h. ob man ihm nach der materiellen Rechtslage mehr hätte zusprechen müssen. Das muß durch die sachliche Prüfung festgestellt werden; nur wenn das zutrifft, ist der Kläger auch beschwert. Damit wäre aber wiederum die Beschwer als Zulässigkeitsvoraussetzung ihres Zweckes enthoben. Es ist überflüssig, nachträglich festzustellen, daß der Kläger in Höhe des zuerkannten Mehrbetrages auch beschwert war. Diese Feststellung kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß die zweite Instanz eine Sachentscheidung getroffen hat, ohne vorher eine Zulässigkeitsvoraussetzung zu prüfen, deren Zweck gerade darin besteht, das Gericht evtl. von der Sachprüfung abzuhalten. Praktisch wird als Zulässigkeitsvoraussetzung in diesem Fall nur noch verlangt, daß der Kläger in der nächsten Instanz mehr fordert, als das Urteil ihm zuerkannt hatte. Die Beschwer ist in diesem Fall als Zulässigkeitsvoraussetzung nicht zum Zuge gekommen; sie stellt nur noch eine Scheinvoraussetzung dar, ist zur leeren Formalie geworden. Die Frage der Beschwer wird in einem solchen Fall nicht

nur, wie das KG formuliert, letztlich von der Begründetheit abhängig gemacht, sondern die Beschwer wird damit auch ihres Sinnes beraubt.

Wenn der unbezifferte Klagantrag als Ausnahme zugelassen wird, dann ist es durchaus nicht konsequent, wenn man dem Kläger zusätzliche Erleichterungen bei der Rechtsmitteleinlegung verschafft. Im Gegenteil, je größer der dem erstinstanzlichen Gericht eingeräumte Ermessensbereich ist, umsomehr hat das Gericht zunächst dem Kläger eine Erleichterung verschafft, indem es ihn in gewissem Maß von dem Erfordernis der Bestimmtheit des Klagantrages entbunden hat. Diese Erleichterung erkauft sich der Kläger mit einem Verzicht auf ein Rechtsmittel, sofern der zugesprochene Betrag innerhalb des Ermessensbereiches bleibt.

Hier zeigt sich, wie wichtig es ist, sich den Zweck der Beschwer vor Augen zu führen. Es soll doch verhindert werden, daß das nächstinstanzliche Gericht tätig wird, wenn der Rechtsmittelkläger etwas begehrt, worüber das vorinstanzliche Gericht noch gar nicht entschieden hat. Letzteres ist aber der Fall, wenn das vorinstanzliche Gericht bei einer Ermessensentscheidung innerhalb des Ermessensbereiches geblieben ist. Der Kläger begehrte in der Vorinstanz nur dasjenige, was das Gericht für billig erachten sollte. Setzt nun das Gericht einen Betrag nach diesem Maßstab fest, dann hat der Kläger genau das bekommen, was er begehrt hatte und wenn er in der nächsten Instanz mehr verlangt, dann begehrt er nunmehr etwas, was er in der Vorinstanz noch gar nicht begehrt hatte.
Nach Erlaß des vorinstanzlichen Urteils ist sich der Kläger dann doch auch auf einmal darüber im Klaren, daß er zu wenig bekommen hat. Er mißt jetzt die Urteilssumme an einer in seiner Vorstellung bestehenden Summe. Wenn er sich aus Bequemlichkeit oder aus anderen Gründen diese Vorstellung nicht vorher macht und sie kundgibt, dann muß er auch die Folge tragen, daß ihm u.U. ein Rechtsmittel versagt bleibt.
Demgegenüber tritt das Argument aus der prozessualen

Risikoverteilung erheblich in den Hintergrund; darin ist dem KG zuzustimmen. Der Beklagte kann etwa durch Angebote an den Kläger herausbekommen, welche Vorstellung dieser von der Summe hat, die ihm der Beklagte schulde.

Zusammenfassung

Die Grundsätze, die die h.M. in der Rspr. zur Frage der Beschwer beim unbezifferten Klagantrag entwickelt hat, lassen sich etwa wie folgt zusammenfassen:
Der Klagantrag ist mit Hilfe der Klagbegründung bzw. des gesamten übrigen Vorbringens des Klägers auszulegen. Ergibt sich daraus, daß der Kläger eine Vorstellung über die Größenordnung der Klagsumme hatte, dann ist er beschwert, sofern das Urteil von dieser Größenordnung erheblich zu seinen Ungunsten abweicht.
Eine Beschwer liegt auch vor, wenn das Gericht behauptete Tatsachen für unbeachtlich oder für nicht erwiesen ansieht, mit denen der Kläger die Höhe des Schadens begründet hat. Ein sicheres Anzeichen für eine Beschwer ist die völlige oder teilweise Klagabweisung.
Hat der Kläger die Klagsumme ganz ins Ermessen des Gerichtes gestellt, dann liegt eine Beschwer nur vor, wenn dem Gericht ein Ermessensfehler unterlaufen ist, d.h. wenn der zuerkannte Betrag offensichtlich unbillig niedrig ist. Hatte der Kläger sich zwar eine Vorstellung über die Höhe der Klagsumme gemacht, sie aber nicht in der Vorinstanz kundgetan, dann bleibt diese Vorstellung unbeachtlich.

Vereinzelt wird auch die Auffassung vertreten, Ermessensentscheidungen könne der Kläger ohne weiteres von der nächsten Instanz - bis zum letztinstanzlichen Gericht - überprüfen lassen. Damit wird aber die Prozeßvoraussetzung der Beschwer ihrer Funktion beraubt.

Beschwer durch die Urteilsgründe

Allgemein wird die Beschwer des Rechtsmittelklägers nach dem "rechtskraftfähigen Inhalt" der angefochtenen Entscheidung beurteilt,[1] gleichgültig, ob man dabei noch seinen vorinstanzlichen Antrag berücksichtigt oder nicht. Im allgemeinen wird demnach bereits der Urteilstenor die Beschwer erkennen lassen. Eine unklare Entscheidungsformel wird man anhand der Gründe auslegen müssen. Zwar wird eine Beeinträchtigung durch die Gründe selbst regelmäßig nicht als Beschwer anerkannt.[2] Es gibt jedoch auch eine Reihe von Fällen, in denen nach dem Tenor die Entscheidung dem Antrag des Rechtsmittelsklägers zu entsprechen scheint und in denen man dennoch eine Beschwer des Rechtsmittelklägers annimmt. Man muß sich darüber klar sein, daß die Frage der Beschwer für die Rechtsprechung eine Frage der Interessenwertung des Rechtsmittelklägers ist, für die ein festes Kriterium noch nicht gefunden ist. Wohl richtet man sich im allgemeinen nach dem Umfang der Rechtskraft;[3] man nimmt also an, daß eine Feststellung in den Gründen, die nicht in materieller Rechtskraft erwächst, den Rechtsmittelkläger auch nicht beschwert (= derart benachteiligt, daß ein Rechtsmittel gerechtfertigt erscheint). Dort, wo jedoch der Umfang der materiellen Rechtskraft nicht klar abzugrenzen ist, muß dann die gleiche Schwierigkeit bei der Beurteilung der Beschwer auftauchen.[4] Da die objektive Begrenzung der Rechtskraft davon abhängt, welcher Auffassung vom Streitgegenstand man folgt, entsteht auch eine gewisse Abhängigkeit der Beschwer von der Auffassung vom Streitgegenstand, s o f e r n man sich bei der Beurteilung der Beschwer nach dem Umfang der Rechts-

1) Vgl. z.B. Stein-Jonas-Grunsky, Allg. Einleitung V 2a vor §§ 511 ff. ZPO.
2) Vgl. Stein-Jonas-Grunsky, a.a.O. mit weiteren Nachweisen.
3) Vgl. Anm. Gelhaar zu LM § 546 ZPO Nr. 30: "Die Beschwer ist nämlich gleichsam das Spiegelbild der Rechtskraft; ihre Höhe ist gleichzusetzen dem Betrage, mit dem der Kläger rechtskräftig abgewiesen worden wäre, wenn das Urteil nicht angefochten werden würde."
4) Vgl. hierzu Grunsky ZZP 76, 165 ff.; Lent-Jauernig Lb. § 63; Bötticher in Anm. zu BSG AP § 141 SGG Nr. 1.

kraft richtet. Notwendig ist dieser Zusammenhang aber nicht, da die Feststellung der Beschwer für die Rechtsprechung eine Wertungsfrage ist.

Zunächst ergibt sich jedoch der Eindruck, die Rechtsprechung lehne einhellig ein Rechtsmittel ab, wenn der Rechtsmittelkläger nur mit der Begründung nicht zufrieden ist.
So hat der BGH in einem Fall (LM § 511 ZPO Nr. 6, vgl. o.) ein Rechtsmittel als unzulässig "mangels Beschwer" angesehen, in dem die Klage wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses abgewiesen worden war und der Kläger mit dem Rechtsmittel die Abweisung wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges erstrebte. Hier war der Rechtsmittelkläger zwar beschwert, aber er wehrte sich nicht gegen den wesentlichen Teil der Beschwer, die Abweisung der Klage. Dagegen erblickte der BGH in der Begründung der Entscheidung, gegen die der Kläger sich wandte, keine Benachteiligung, die ein Rechtsmittel hätte rechtfertigen können. Hier wollte der Kläger lediglich die Begründung (Fehlen einer bestimmten Prozeßvoraussetzung) durch eine andere, aber nach Meinung des BGH "gleichwertige" Begründung (Fehlen einer anderen Prozeßvoraussetzung) ersetzen.[5)]
In einem vom BSG (AP § 141 SGG Nr. 1, vgl. o.) entschiedenen Falle war der Rechtsmittelkläger, der Sozialversicherungsträger, zwar zur Zahlung einer erhöhten Rente verurteilt worden und somit formell beschwert. Dennoch wurde sein Rechtsmittel für unzulässig gehalten, weil er diese Beschwer nicht zur Grundlage seines Rechtsmittels gemacht habe, sondern sich mit dem Rechtsmittel ausschließlich dagegen gewandt habe, daß in den Gründen des Urteils ein bestimmtes Leiden des Klägers auf den Wehrdienst als Ursache zurückgeführt worden sei. Diese an sich für den Rechtsmittelkläger nachteilige Feststellung rechtfertigte nach Ansicht des BSG nicht die Einlegung eines Rechtsmittels, da sie nicht rechtskräftig wurde. und gegebenenfalls ein Gericht den Kausalzusammenhang später anders beurteilen konnte.
Bei diesen Entscheidungen kann in diesem Zusammenhang außer

5) Vgl. auch BVerwG ZZP 70, 279 = BVerwGE 4, 283;
BGH LM § 322 ZPO Nr. 2, Leitsatz: Die Annahme von Vorsatz durch den Berufungsrichter anstelle der vom Erstrichter angenommenen Fahrlässigkeit in den Urteilsgründen erwächst nicht in Rechtskraft und bedeutet keine dem Berufungskläger nachteilige abändernde Entscheidung.

Betracht bleiben, daß der Rechtsmittelkläger an sich jedesmal auch formell beschwert war. Das Gericht prüfte ja hier nur, ob außerdem noch eine materielle Beschwer vorlag und hätte das Rechtsmittel wohl für zulässig gehalten, wenn es in der Begründung eine solche hätte erblicken können.

In dem ebenfalls schon oben erwähnten Fall RG 170, 346 ging es lediglich um die materielle Beschwer durch die Gründe. Hier war eine gegen eine Patentinhaber gerichtete Nichtigkeitsklage abgewiesen worden. Der Beklagte war also weder formell noch - auf den ersten Blick - materiell beschwert. In den Gründen war aber der Umfang des Patentrechtes etwas eingeschränkt worden. Das RG hielt jedoch den Beklagten nicht für beschwert, weil die Ausführungen in den Gründen nicht in Rechtskraft erwüchsen. Es fällt auf, wie eingehend das RG sich der Frage der Beschwer widmet. Eine Benachteiligung des Rechtsmittelklägers ist nun aber auch nicht so leicht von der Hand zu weisen. In einem künftigen Prozesse, in dem es um die Frage des Umfangs des Patentrechtes ging, wäre zwar das Gericht nicht an die Feststellungen des RG gebunden aber es würde sich doch evtl. danach orientieren.

Anders werden in der Regel die Fälle angesehen, in denen der Rechtsmittelkläger entgegen seinem Antrag eine Prozeßabweisung statt einer Sachabweisung erhalten hat oder umgekehrt.
Im Falle BGH LM § 511 ZPO Nr. 8 war die Klage als unbegründet abgewiesen worden; der Kläger begehrte aber mit dem Rechtsmittel die Abweisung der Klage als unzulässig. Auch hier war der Kläger durch die Abweisung der Klage ohnehin formell beschwert. Der BGH sah aber eine Beschwer auch darin, daß die Abweisung aus sachlichen Gründen in materieller Rechtskraft erwachse, was bei der Abweisung wegen fehlender Prozeßvoraussetzungen nicht der Fall sei.
Der die Zulässigkeit rechtfertigende Grund liegt hier also - unabhängig von der ohnehin vorliegenden formellen Beschwer - lediglich in der Urteilsbegründung und ergibt sich aus der Verschiedenheit der Rechtskraftwirkung der Abweisung der Klage als unzulässig und als unbegründet.

Das Gegenstück zu dieser Entscheidung ist ein Urteil des BVerwG (NJW 59, 1985). In diesem Fall war die Klage in der Berufungsinstanz wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen worden. Der Beklagte begehrte in der Revision ein Sachurteil. Das Bundesverwaltungsgericht meinte, von dem Grundsatz, daß ein Rechtsmittel wegen nicht zusagender Begründung unzulässig sei, müsse eine Ausnahme gemacht werden für den Fall, daß die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen worden sei. Hier liege ein Rechtsschutzbedürfnis des Rechtsmittelklägers mindestens dann vor, wenn sich wegen der fehlenden Sachentscheidung Nachteile für die Partei ergeben könnten. Diese Lösung entspricht der wohl herrschenden Rechtsprechung.[6)]

Eine Beschwer, die ebenfalls noch nicht beim Vergleich des Antrages mit dem Urteilstenor, sondern eigentlich erst beim Vergleich der Klagbegründung mit der Urteilsbegründung zutage tritt,[7)] ist auch in solchen Fällen angenommen worden, in denen der Kläger seinen Antrag auf verschiedene Gründe, während das Gericht ihn vielleicht nur auf einen dieser Gründe stützte und die übrigen verneinte.
Das RG hat schon früh den Fall entschieden, in dem nach dem vorgetragenen Sachverhalt der Klaganspruch aus verschiedenen tatsächlichen Umständen nebeneinander zu rechtfertigen war.

Im Falle RG 55, 244 hatte der Kläger gleichzeitig aus den §§ 1565 (Ehebruch) und 1568 (ehewidriges Verhalten) BGB auf Scheidung geklagt. Die Ehe war aus § 1568 BGB,nicht aber aus § 1565 geschieden worden. Das RG hielt die Berufung des Klägers für unzulässig und führte dazu aus, es liege schon formell keine Beschwer vor. Wenn irgend ein Scheidungsgrund erwiesen sei, dann müsse entschieden werden. Die Befugnis des Richters, einen der in Frage stehenden Scheidungsgründe "auszuwählen", ergebe sich aus seiner

6) BVerwG AP Nr. 21 § 9 Mutterschutzgesetz; OVG Luneburg EOVG 11, 394; BGH 28, 249; OVG Münster EOVG 2, 95; BVerwG DVBl. 57, 96; anderer Ansicht: OVG Lüneburg DVBl 54, 785; BSG AP § 546 ZPO Nr. 5.
7) Vgl. hierzu Nicolini NJW 55, 615 ff.

freien Prozeßleitungsbefugnis nach § 146 ZPO. Wenn der Rechtsstreit hinsichtlich eines der angeführten Scheidungsgründe zur Entscheidung reif sei, dann müsse gemäß § 300 I ZPO auch entschieden werden. Das gelte aber nur bei gleichwertigen Klagegründen. In diesem Falle seien die privatrechtlichen Folgen einer Scheidung aus § 1565 und § 1568 BGB dieselben. Die sich aus den §§ 1312, 1328 BGB und § 172 StGB ergebenden Folgen gehörten dem öffentlichen Recht an und lägen außerhalb des streitigen Privatrechtsverhältnisses. Auch die Feststellung der dritten am Ehebruch beteiligten Person gem. § 624 ZPO sei nicht entscheidend. Nur bei verschiedener Wirkung des anerkannten Klaggrundes auf die aus der Ehescheidung hervorgehenden Privatrechtsverhältnisse sei zuzugeben, daß die Erledigung bloß des einen Klaggrundes u.U. nicht das ganze in den Streit gebrachte Rechtsverhältnis erschöpfen würde.

Hier stellt das RG noch auf die "Gleichwertigkeit" der Klaggründe in bezug auf die Rechtsfolgen ab. Später beurteilte das RG übrigens die beiden hier infragekommenden Klaggründe nicht mehr gleich.[8)] Schließlich stellte das RG jedoch nicht mehr nur auf die Gleichwertigkeit der Klaggründe ab, sondern auch auf den Willen des Klägers.

Im Falle RG 115, 1 (mit weiteren Nachweisen in der älteren Rechtsprechung) hatten der Kläger und die Beklagte ihre Klage bzw. Widerklage jeweils nebeneinander auf die §§ 1565 und 1568 BGB gestützt. Die Ehe war auf Klage und Widerklage je aus § 1568 BGB geschieden und beide Teile für schuldig erklärt worden. Die Beklagte machte in der Berufungsinstanz geltend, sie habe einen Anspruch darauf, daß die Ehe wegen Ehebruchs geschieden werde. Das RG hielt eine Beschwer nicht für gegeben: Es ging zwar davon aus, daß die Scheidungsgründe nach ihrer Wirkung nicht gleichwertig seien, hielt es aber in diesem Fall für maßgebend, daß die Widerklägerin zwei nicht gleichwertige Gründe als gleichwertige vorgetragen habe. Eine Beschwer liege nur dann vor, so heißt es, wenn die Widerklägerin einen der Gründe in erster Linie und

8) RG 110, 45; RG 115, 193; RG JW 28, 3039 Nr. 4.

den anderen nur hilfsweise geltend gemacht hätte.[9] Die Widerklägerin müsse in einem solchen Falle, so heißt es, ihr besonderes Interesse am ersten Klaggrund irgendwie zum Ausdruck bringen. Wenn das nicht geschehe, dann sei bei Spruchreife irgendeines der vorgebrachten Gründe gemäß § 300 I ZPO zu entscheiden. In einem solchen Fall habe dann die Partei alles zugesprochen erhalten, was sie beantragt habe und eine Beschwer liege deshalb nicht vor. Diesen Standpunkt nahm das RG[10] auch noch später ein: Wenn der Kläger zwei Scheidungstatbestände als gleichwertig anführe und nur aus dem "schwächeren" geschieden werde, dann sei er nicht beschwert.

In einem anderen Scheidungsfalle (RG 123, 134) hatte der Beklagte aber mit seiner Widerklage auf Scheidung wegen Ehebruches der Klägerin mit zwei Männern und ehewidriger Beziehungen zu einem weiteren Mann geklagt und war mit der Widerklage durchgedrungen. Auf die Berufung der Klägerin, wurde die Ehe auf die Widerklage hin wegen Ehebruches der Klägerin nur mit einem der Männer geschieden. Gegen dieses Urteil legte der Beklagte Revision ein und das RG hielt ihn allerdings für beschwert, weil er ein Interesse daran habe, daß die sich an das Scheidungsurteil knüpfenden Nebenwirkungen die Klägerin auch wegen des Ehebruches mit dem anderen Mann träfen. Andererseits nahm das RG an, daß der Beklagte nicht dadurch beschwert sei, daß der Scheidungsgrund der ehewidrigen Beziehungen verneint worden war, weil mit diesem Scheidungsgrund keine Nebenwirkungen verbunden seien, die ihn über die erfolgte Scheidung hinaus hätten besser stellen können.

9) So auch RG HRR 40 Nr. 1030

10) RG 104, 155 (Ableitung der Rechtshängigkeit aller Eheauflösungsgründe aus § 616 ZPO, mit weit.Rspr.hinweisen); RG 151, 45; Habscheid (FamRZ 60, 499) im Ergebn.ebenso: Ein Fall ausnahmsweise zulässiger alternativer Anspruchshäufung. Sonst aber sei Streitgegenst. im Ehescheidungsprozeß nur der im Antr. gen. Klaggrund. Vgl. aber Bötticher, Festgabe f.Rosenberg S. 73 ff.: Streitgegenstand im Ehescheidungsprozeß ist die Scheidung als solche. Der Streitgegenstand umfaßt dasjenige, was der Kläger aufs Spiel setzt, nämlich alle ihm bekannten Scheidungs- und Aufhebungsgründe (S. 92). Vgl. auch derselbe FamRZ 57,409 ff. (413).

Abgesehen von diesem Fall erinnert diese Rechtsprechung im Ergebnis an die Rechtsprechung zum unbezifferten Klagantrag. Hier wie dort kann man annehmen, der Kläger gebe dem Gericht einen gewissen Ermessensbereich für die Entscheidung frei. In diesem Fall wird es dem Gericht überlassen, aus mehreren tatsächlichen Umständen, die eine Scheidung rechtfertigen können, diejenigen auszuwählen, die etwa aus prozeßökonomischen Gründen vorzuziehen sind. Trifft das Gericht eine solche Entscheidung, dann entspricht diese wegen des eingeräumten Ermessens notwendigerweise dem Klagantrag und eine Beschwer kann dann nicht vorliegen. Man kann dann davon ausgehen, daß es dem Kläger nur darauf ankommt, ein bestimmtes Ziel wahlweise auf verschiedenen Wegen zu erreichen, was aber nicht der Fall ist, wenn er in irgendeiner Form zum Ausdruck gebracht hat, daß er die Scheidungstatbestände in einer bestimmten Rangfolge behandelt haben will.

Folgerichtig hatt denn auch der BGH (26, 295 = LM § 546 ZPO Nr. 30 mit Anm. Gelhaar) in einem Falle eine Beschwer anerkannt, in dem der Kläger 6100 DM begehrt und diesen Antrag mit drei verschiedenen Sachverhalten gestützt hatte, aus denen sich je ein selbständiger Anspruch ergab, und zwar in der Form eines Hauptantrages, eines ersten und eines zweiten Hilfsantrages. Der Hauptantrag und der erste Hilfsantrag zu je 6100 DM waren abgewiesen, dem zweiten Hilfsantrag zu 800 DM war stattgegeben worden. In der Begründung wird u.a. ausgeführt, in diesem Fall könne man die Formel, wonach die Beschwer in der Divergenz zwischen Antrag und Urteil bestehe, nicht direkt anwenden. Für die Beschwer komme es entscheidend darauf an, worüber rechtskräftig entschieden werden sollte, und worüber tatsächlich entschieden sei, mithin auf den Umfang der prozessualen Rechtskraftwirkung, die das Urteil haben würde, wenn es nicht angefochten werden könnte. Deshalb sei ein Kläger, der nur mit einem Hilfsanspruch durchdringe, wegen Aberkennung des Hauptanspruches oder des vorangestellten Hilfsanspruches jedenfalls dann beschwert, wenn diese Ansprüche weitergingen. So bestehe die Möglichkeit, daß eine Partei beschwert sei, obwohl sie nach dem Wortlaut des Tenors voll gesiegt habe. Wenn nämlich

z.B. eine Klage abgewiesen werde, weil der Beklagte mit der nur hilfsweise erklärten Aufrechnung durchgedrungen sei, seien Kläger und Beklagter beide in voller Höhe beschwert. In diesem Falle würde das Urteil bezüglich der ersten beiden Ansprüche zum Nachteil des Klägers in Rechtskraft erwachsen. Der Kläger sei also trotz des zuerkannten dritten Anspruches in voller Höhe der Ansprüche eins und zwei beschwert.

Hiermit stimmt auch die Entscheidung BGH MDR 59, 486 (= LM § 546 ZPO Nr. 35) überein, die die zuletzt zitierte Entscheidung ausdrücklich bestätigt. In diesem Falle hatten sich aus demselben Sachverhalt zwei sich gegenseitig ausschließende Ansprüche ergeben. Einer davon war zuerkannt worden. Der Grundsatz, so heißt es in der Begründung, daß die Beschwer in der Divergenz zwischen Antrag und Urteil bestehe, erfahre dann keine Ausnahme, wenn die Rechtskraft nur den allein oder in erster Linie zur Entscheidung gestellten, nicht aber einen weiteren selbständigen prozessualen Anspruch ergreife. In diesem Fall aber schössen sich die beiden Ansprüche, die sich aus dem Sachverhalt hätten ergeben können, gegenseitig aus. Das OLG hätte aus logischen Gründen unmöglich beide Ansprüche nebeneinander zusprechen können, wenn der Kläger dies beantragt hätte. Dieser Umstand, so heißt es, mache besonders deutlich, daß es sich hier um denselben Streitgegenstand handle. Dann könne der Kläger aber auch nur in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen dem Klaganspruch und der ihm zugesprochenen Summe beschwert sein.
Die weitere Begründung des BGH für die Ablehnung der Beschwer kann man etwa so zusammenfassen: Eine Beschwer liegt dann nicht vor, wenn der Kläger seinen Anspruch in bestimmter Weise rechtlich qualifiziert und das Gericht ihn zwar anders qualifiziert, dem Kläger aber dennoch die beantragte Summe zuspricht. Bei einunddemselben Streitgegenstand ist der Kläger also nicht beschwert, wenn ein Urteil von mehreren denkbaren Anspruchsgrundlagen nur eine bejaht.[11)]

11) Vgl. RG 98, 22; BGH 9, 22 (27).

Das OLG Koblenz (FamRZ 60, 498) hat eine Beschwer abgelehnt in einem Fall, in dem die Klägerin die Scheidung aus § 48 Ehegesetz begehrt hatte, die Ehe auch aus § 48 Ehegesetz geschieden worden war, die Klägerin aber mit der Berufung Scheidung aus § 43 Ehegesetz begehrt hatte, ohne neue Tatsachen vorzutragen. Es wird ausgeführt, die Nachholung einer solchen rechtlichen Wertung des erstinstanzlichen Vorbringens mit dem Ziel, die antragsgemäße Entscheidung nunmehr auf einen anderen rechtlichen Gesichtspunkt zu stützen, erscheine auch aufgrund der Besonderheiten des Verfahrens in Ehesachen nicht geboten. Man würde dem die Scheidung betreibenden Ehepartner dann nur über mehr als eine Instanz Zeit für seine Entscheidung einräumen, nach welcher Norm er die ihm von vornherein bekannten Scheidungstatsachen gewürdigt wissen wolle. Das sei mit den Grundsätzen der Prozeßwirtschaftlichkeit und der Beschleunigung des Verfahrens, die auch in Ehesachen gelten, nicht vereinbar.

Habscheid kritisiert diese Entscheidung in einer Anmerkung (FamRZ 60, 499; vgl. o. Anm. 10). Der Streitgegenstand gehe so weit, wie die Entscheidungsbefugnis des Gerichts. Diese richte sich aber nach dem Klagantrag. Wenn der Kläger Scheidung aus § 48 Ehegesetz begehre, dann dürfe das Gericht nur darüber entscheiden, ob eine Scheidung aus § 48 möglich sei. Da das Gericht hier die Ehe aus § 48 Ehegesetz geschieden habe, liege schon deshalb keine Beschwer vor. Die Klägerin habe mit der Berufung nicht etwa versucht, eine andere rechtliche Wertung nachzuholen, sondern habe in Wirklichkeit einen bisher nicht anhängig en Streitgegenstand geltend gemacht.
Nach dieser Theorie müßte dann eine Beschwer vorliegen, wenn der Kläger die Scheidung aus einem bestimmten Klaggrund beantragt und das Urteil die Ehe aus einem anderen geschieden hatte, wobei die Folgen des jeweiligen Scheidungsgrundes für den Kläger keine Rolle spielen dürften, da es ja nur darauf ankäme, ob - ähnlich wie beim Grundsatz der formellen Beschwer - der geltendgemachte Klaggrund bejaht worden war.

Eine gewisse Schwierigkeit kann auch die Feststellung der Beschwer bei Grundurteilen gemäß § 304 ZPO bereiten,[12] wenn in den Gründen etwa nur einer von mehreren Klaggründen bejaht wurde, der für den Kläger aber im Vergleich zu den anderen weniger vorteilhaft ist. Zwar sollte in solchen Fällen der Klaggrund in den Tenor aufgenommen werden. Wenn dies aber versäumt wurde, dann muß der wahre Sinn des Urteilsausspruches aus den Entscheidungsgründen ermittelt werden.

Damit wird nach RG JW 35, 3463 diesen Gründen nicht eine ihnen tatsächlich nicht zukommende Rechtskraftwirkung beigelegt. Bindend wirke, so heißt es in dieser Entscheidung, allein der Tenor, wenn auch sein Sinn und seine Tragweite nur unter Zuhilfenahme der Gründe festzustellen seien. Der Kläger könne beschwert sein (so RG JW 37, 232), wenn die Verwerfung des einen Klaggrundes für das Endurteil von Bedeutung sein könne, wenn also nicht beide Klaggründe die gleiche Wirkung hätten.[13]

Die Folge dieser Rechtsauffassung ist, so führt Nicolini (NJW 55, 615) zu Recht aus, daß die obsiegende Partei selbst bei einem klaren Urteilstenor, der keinen Anlaß zu Zweifeln zu geben scheint, nach einer Beschwer in diesem Umfang suchen muß. Außerdem wenden Nicolini (a.a.O.) und Bötticher (Anm. zu BGH JZ 62, 212) ein, daß der Urteilstenor mit Hilfe der Gründe nur insoweit ausgelegt werden könne, als das Ergebnis der Auslegung wenigstens einen Ansatz im Tenor finde. Nicolini (a.a.O.) meint, eine Beschwer könne sich durch Auslegung des Tenors immer nur insoweit ergeben, als der negative Teil der Entscheidungsgründe einer Aufnahme in den Tenor in Form einer ausdrücklichen Einschränkung des Urteilsausspruches überhaupt fähig sei, d.h. also insoweit, als die Nichterwähnung des betreffenden Punktes im Urteilstenor eine Unkorrektheit des Richters darstelle.

12) Vgl. hierzu Wittmann (NJW 67, 2387 ff.), der vom Sonderfall der Teilklage ausgehend gewisse Formeln für die Beschwer beim Grundurteil aufstellt, deren Allgemeingültigkeit aber von Schmitt (NJW 68, 1127 f.) bestritten wird.

13) Vgl. Nicolini NJW 55, 615, wonach der BGH (13, 81; dies jedoch nicht mit abgedruckt) ebenso entschieden haben soll; vgl. auch BGH 2, 164 (170 f.).

Das gilt auch für den Fall, in dem der Tenor entgegen dem Antrag keine Entscheidung über einen bestimmten Punkt enthält, während die Entscheidungsgründe mit Sicherheit erkennen lassen, daß eine Entscheidung auch über diesen Punkt getroffen wurde (vgl. BGH LM § 546 ZPO Nr. 14).
In einem Fall hat der BGH (24, 279 [284]) sogar entschieden, daß der Beklagte mit der Anschlußrevision die völlige Abweisung der Klage anstreben könne, wenn diese als nur zur Zeit unbegründet abgewiesen worden sei. Durch die Abweisung als zur Zeit unbegründet sei der Beklagte teilweise unterlegen. Eine neue Klage sei möglich, wenn der betreffende Umstand eintrete. Der Angriff richte sich daher nicht lediglich gegen die Entscheidungsgründe des Berufungsurteils, sondern gegen den Inhalt des Urteilsspruches, wie er vom Berufungsgericht gewollt und nach den Entscheidungsgründen auszulegen und zu verstehen sei.
Nun könnte man bei dieser Entscheidung einwenden, daß die herrschende Meinung[14] ohnehin für Anschlußberufung und Anschlußrevision eine Beschwer nicht fordere, mit der Begründung, hier handle es sich gar nicht um eigentliche Rechtsmittel.
In den Gründen dieser Entscheidung wird jedenfalls so argumentiert, als ob eine Beschwer erforderlich sei und man kann daraus den Schluß ziehen, daß der BGH eine Beschwer angenommen hätte, falls es sich nicht um eine Anschluß revision, sondern um eine Revision gehandelt hätte.
Diese Beispiele zeigen jedenfalls, daß der vertraute Satz, die Urteilsgründe selbst erwüchsen nicht in Rechtskraft, mit ihrer Hilfe sei lediglich die Urteilsformel auszulegen und deren vom Gericht gewollter Inhalt festzustellen, doch recht dehnungsfähig ist. In Wirklichkeit können eben auch die Entscheidungsgründe in gewissen Umfange rechtskräftig werden. "Die Klage kann nämlich ... dann erneuert werden, wenn gerade das Tatbestandsmerkmal neu hinzutritt, das im ersten Urteil als fehlend angesehen worden ist."[15]

14) Vgl. Stein-Jonas-Grunsky, Anm. I zu § 521 mit weiteren Nachweisen; a.M. im übrigen Grunsky.
15) Stein-Jonas-Grunsky, Allg. Einleitung vor § 511, Anm. V 2b; vgl. hierzu auch Grunsky ZZP 76, 165-183.

Es kann für die Parteien deshalb von entscheidender Bedeutung sein, ob die Klage etwa wegen des Fehlens eines Umstandes abgewiesen wird, der später noch leicht nachzuholen ist (Fälligkeit, Zustimmung zum Rechtsgeschäft eines Minderjährigen oder eines vollmachtlosen Vertreters) oder nicht (fehlender Vertragsschluß). Grunsky (a.a.O.) möchte deshalb eine Beschwer grundsätzlich auch dannannehmen, wenn der Rechtsmittelkläger eine andere als die vom Gericht vertretene Begründung anstrebt, wenn er sich bei der von ihm angestrebten Begründung besser stellen würde.

So bedenklich an sich auch eine weitere Ausweitung der Beschwer ist, so einleuchtend ist es, daß man in diesen Fällen dem erheblichen Interesse des Rechtsmittelklägers entgegenkommen muß. Ein rein formeller Begriff der Beschwer (Divergenz zwischen Antrag und Urteilstenor) würde jedenfalls diesem Interesse hier nicht gerecht werden.

Dagegen besteht bei einer weiteren Gruppe von Fällen, nämlich bei Vorbehaltsurteilen nach § 302 ZPO und in den Fällen der Aufrechnung im Prozeß im wesentlichen Einigkeit. Obwohl der Tenor eines Urteils gemäß § 302 ZPO den Vorbehalt der Aufrechnung erkennen läßt (weshalb dieser Fall eigentlich nicht in diesen Abschnitt gehört; höchstens als "Gegenstück" zu den anderen Fällen) und ein solches Urteil, verglichen mit einem vorbehaltlosen Urteil, für den Kläger weniger wert ist, hält die wohl herrschende Meinung den Kläger allein wegen des Vorbehalts nicht für beschwert.[16] Man geht davon aus, daß die vorweggenommene Entscheidung über die Klagforderung vor der endgültigen Entscheidung auch über die zur Aufrechnung gestellte Forderung ja nur im Interesse des Klägers ergeht, der deshalb wegen des Vorbehalts nicht beschwert sei.

16) Vgl. RG JW 37, 232 (233); BGH ZZP 74, 389 = JZ 62, 212 mit Anm. Bötticher; Stein-Jonas II 3 zu § 302; Wieczorek C Ia zu § 302; a. M. Zöller 3b zu § 302 (der Vorbehaltsausspruch enthalte eine bindende Entscheidung über die Zulässigkeit der Aufrechnung).

Ebenso eindeutig ist seit jeher eine Beschwer des Beklagten für den Fall angenommen worden, daß die Klage nicht deshalb abgewiesen wurde, weil die Klagforderung nicht bestand, sondern wegen erfolgreicher Eventualaufrechnung.[17] In solchen Fällen sind also der Kläger und der Beklagte gleichermaßen in voller Höhe beschwert; der Kläger, weil die Klage abgewiesen wurde und der Beklagte, weil die Klage nur unter Verlust seiner Gegenforderung abgewiesen wurde.
Schließlich hat das RG (142, 176) aber auch eine Klägerin nur deshalb für beschwert gehalten, weil ihre Klage lediglich aufgrund der Aufrechnung zurückgewiesen worden war, ohne daß man geprüft hatte, ob ihre eigene Forderung begründet gewesen war.

Im Gegensatz zum Zivilprozeß bildet im Strafprozeß die Frage, ob der Angeklagte allein durch die Urteilsgründe beschwert sein könne, den wesentlichen Teil der Streitfragen, die hier überhaupt um die Beschwer entstanden sind. Bezeichnend dafür, wie wenig weit die Bestimmung des Begriffes der Beschwer im Strafprozeß gediehen ist, ist der Umstand, daß man sich noch nicht einmal darüber geeinigt hat, ob die Beschwer eine Voraussetzung für die Zulässigkeit (so Löwe-Rosenberg, B 1 vor § 296; 4b zu § 296) oder die Begründetheit des Rechtsmittels ist. Nach Eb. Schmidt (Komm. z. StPO Rdnr. 14 vor §§ 296 ff., vgl. auch Nachtragsbd. 1967 Rdnr. 14 vor § 296) ist die Behauptung einer Beschwer Voraussetzung für die Zulässigkeit und das Vorhandensein einer Beschwer Voraussetzung für die Begründetheit des Rechtsmittels. Das ist nur folgerichtig, wenn man wie Schmidt von der Definition der Beschwer als widerrechtlicher Belastung des Angeklagten ausgeht. Die Widerrechtlichkeit der Belastung ist meist eine Frage des materiellen Rechts; sie festzustellen, ist die eigentliche Aufgabe des Instanzgerichts.
Hier ist jedenfalls die Feststellung einer Beschwer nicht

17) RG 78, 398 (402); RG 80, 164 mit Hinw. auf früh. Rspr.; RG 161, 167 (172); BGH 16, 394 (395); BGH 26, 295 (297) = LM § 546 ZPO Nr. 30; vgl. auch Stein-Jonas-Grunsky, Allgem. Einleitung vor §§ 511 ff., Anm. V 2a.

dadurch erschwert, daß man wie im Zivilprozeß das Urteil ständig mit dem vom Kläger und dem Beklagten verfolgten Prozeßziel vergleichen und daneben noch das allgem. Rechtsschutzinteresse des Rechtsmittelklägers im Auge behalten muß, das in seinen Anträgen zum Ausdruck kommt (abgesehen von der Privat- und Nebenklage, s.u.). Hier taucht infolgedessen die Frage nach einer formellen Beschwer nicht auf und die Zulässigkeit eines Rechtsmittels richtet sich ausschließlich danach, ob der Angeklagte durch das Urteil in irgendeiner Form beeinträchtigt ist, ob er materiell beschwert ist. Das ist immer der Fall, wenn der Angeklagte nicht freigesprochen wird. In der Mehrzahl der Fälle bereitet die Feststellung der Beschwer also keine Schwierigkeit.

Erst im Falle des Freispruchs ergibt sich die Frage nach einer Beschwer durch die Urteilsgründe. Seit jeher ist hier die allerdings von der h.Rspr. beständig vertretene Auffassung umstritten, der Angeklagte sei durch einen Freispruch mangels Beweises nicht beschwert.[18] Die h.M. erkennt nicht einmal eine Beschwer des Angeklagten an, wenn dieser wegen Zurechnungsunfähigkeit freigesprochen wurde und eine mit Strafe bedrohte Handlung noch nicht einmal nachgewiesen ist.[19] Die Rechtsprechung zieht hier eine ziemlich starre Grenze zwischen den Urteilsgründen und dem Tenor. Man räumt teilweise zwar ein, daß der Angeklagte durch Ausführungen in den Urteilsgründen beeinträchtigt werden könne. Eine ein Rechtsmittel begründende Beschwer soll aber nur vorliegen, wenn irgendeine Beeinträchtigung des Angeklagten im Tenor zum Ausdruck kommt.

18) Vgl. beispielsweise schon RG 4, 355; BGH 7, 153; BGH NJW 55, 639; BVerfG NJW 56, 1833 je mit weiteren Nachweisen. Eb. Schmidt, StPO, Vorbem. zu §§ 296 ff. S. 849 Anm. 15, Anm. 19; Löwe-Rosenberg, § 296 Anm. 4c; a.M. Roos JR 51, 200 (mit Ang. bes. der ält. Rspr.); Henrichs MDR 56, 196 ff.

19) Vgl. RGSt 69, 12; OLG Schleswig SchlHA 49, 322; KG Berlin NJW 53, 195; BGHSt 16, 374 (mit weit. Hinw. auf Lit. und Rspr.); a.M. KG JR 48, 169; OLG Tübingen NJW 53, 1444; OLG Schleswig NJW 57, 1487 mit Anm. Eb. Schmidt JZ 58, 374; v.Hippel Lb. S. 564; Henkel Lb. S. 422.

Den Argumenten kann hier im einzelnen nicht nachgegangen werden. Es handelt sich im wesentlichen um eine Abwägung der Interessen des Angeklagten mit denjenigen der Allgemeinheit, um mehr oder weniger schwierige Wertungsfragen, die aber für eine Weiterentwicklung des prozessualen Begriffs der Beschwer nicht weiter von Bedeutung sind. Interessant sind in diesem Zusammenhang vor allem die folgenden Argumente, mit denen man u.a. dieses Ergebnis zu rechtfertigen versucht: Wenn man die Anfechtung eines Urteils auch wegen der Gründe zulasse, dann werde das zu einer uferlosen Ausweitung der Anfechtungsmöglichkeiten führen. Die Gerichte würden überlastet werden, was wiederum die Rechtsprechung verschlechtern würde. Wenn man dem Gericht hier einen Ermessensbereich überlasse, dann würden die einzelnen Fälle in untragbarem Maße ungleich behandelt werden. Deshalb sei ein bestimmter und einfacher Grundsatz erforderlich. Man könne aber nur die allgemeine Anfechtung oder gar keine zulassen. Die öffentlichen Belange gingen da allerdings dem Interesse des Angeklagten vor (vgl. besonders BGH NJW 55, 639).

Diese Argumente lassen sich ohne weiteres auf den Zivilprozeß übertragen. Hier würde die Rechtsprechung zur Beschwer wesentlich übersichtlicher und einheitlicher werden, wenn man einen einfachen und klaren Begriff der Beschwer finden könnte.

Zusammenfassung

Im allgemeinen lehnt die Rechtsprechung eine Beschwer ab, wenn der Urteilstenor dem Antrag der Partei entspricht, und die Partei lediglich mit der Urteilsbegründung nicht zufrieden ist. Man sagt, die Urteilsgründe könnten die Partei nicht beschweren, weil sie nicht in Rechtskraft erwüchsen.
Ist eine Klage etwa wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses als unzulässig abgewiesen worden und verlangt der

Kläger mit der Berufung die Abweisung als unzulässig wegen Unzuständigkeit des Rechtsweges, dann wird eine Beschwer verneint, weil in solchen Fällen nur ein Abweisungsgrund gegen einen anderen "gleichwertigen" ausgetauscht werden solle. Ebenso ist es in der Regel, wenn die Klage aus sachlichen Gründen abgewiesen wird.
Nun gibt es aber eine Reihe von Fällen, in denen die Rechtsprechung doch eine Beschwer annimmt, obwohl der Urteilstenor mit dem Antrag äußerlich übereinstimmt. Eine Beschwer wird z.B. angenommen, wenn eine Klage als unbegründet abgewiesen wurde, der Kläger jedoch mit der Berufung die Abweisung als unzulässig erstrebt oder die Klage als unzulässig abgewiesen wird und der Beklagte die Abweisung als unbegründet erstrebt.
Hierher gehören auch die Fälle, in denen der Kläger seinen Klagantrag mit mehreren selbständigen Klagegründen stützt, wobei er sie in einer bestimmten Reihenfolge geltend macht und das Gericht zwar dem Antrag stattgibt, aber in den Urteilsgründen den oder die in erster Linie geltend gemachten Klagegründe verneint. Wird etwa eine Ehescheidungsklage auf mehrere Vorkommnisse gestützt, die je für sich eine Scheidung rechtfertigen würden, dann soll es einerseits darauf ankommen, ob der Kläger den Klagegründen ein bestimmtes Rangverhältnis gegeben hatte, andererseits darauf, ob Klagegründe verneint worden sind, deren Geltendmachung in seinem besonderen Interesse lag.

Wenn es sich allerdings um einunddenselben Streitgegenstand handelt, und der Rechtsmittelkläger nur eine andere rechtliche Qualifizierung wünscht, als das erstinstanzliche Gericht sie angenommen hatte, dann wird eine Beschwer abgelehnt. Auch bei Urteilen über den Grund des Anspruchs soll es darauf ankommen, ob die Ablehnung eines von mehreren Klagegründen dem Kläger im Höheverfahren nachteilig werden kann. Dagegen ist man sich bei Vorbehaltsurteilen nach § 302 ZPO darüber einig, daß der Kläger durch den Vorbehalt der Aufrechnung allein nicht beschwert ist, während andererseits bei einer Klagabweisung wegen Aufrechnung mit einer Gegenforderung sowohl der Kläger als auch der Beklagte für

beschwert gehalten werden.
Alle diese Fälle zeigen, daß die anfangs genannte Formel eine scharfe Abgrenzung nicht zu bieten vermag, eben weil die Grenzen der Rechtskraft selbst nicht unverrückbar feststehen. Die Rechtsprechung nimmt vielmehr einfach da eine Beschwer an, wo die für den Rechtsmittelkläger aus der angefochtenen Entscheidung erwachsenden Nachteile nicht mehr erträglich scheinen.
Wieweit man hier oft geht, zeigt besonders deutlich ein vom BGH entschiedener Fall, wonach der Beklagte beschwert sein soll, wenn die Klage als nur z.Zt. unbegründet abgewiesen wurde. Hier wird offensichtlich - vom Interesse des Beklagten her gesehen - zwischen den verschiedenen möglichen materiellrechtlichen Klagabweisungsgründen unterschieden. Es kommt demnach für die Beschwer des Beklagten darauf an, welches Tatbestandsmerkmal des Klaganspruches vom vorinstanzlichen Gericht als fehlend angesehen wurde; handelt es sich um eines, das sich leicht nachholen läßt oder das später ohnehin eintreten wird (Zeitablauf), dann wird der Beklagte für beschwert gehalten, wenn er eine andere, für ihn ihn sicherere Begründung anstrebt.

Praktisch erfüllt die Rechtsprechung also bereits die von Grunsky zuerst in ZZP 76, 165 ff. aufgestellte Forderung nach einer Erweiterung des Begriffes der Beschwer und einer Abkehr vom Grundsatz der formellen Beschwer, der allerdings, wie in den vorhergehenden Abschnitten gezeigt, von der Rechtsprechung nie im vollen Umfang eingehalten worden ist.
Im Strafprozeß macht die Feststellung einer Beschwer im allgemeinen keine Schwierigkeit, weil der Angeklagte immer für beschwert gehalten wird, wenn kein Freispruch erfolgt. Im Falle des Freispruchs ist nur bestritten, ob der Angeklagte durch die Freisprechung mangels Beweises beschwert sein kann. Die Frage der Beschwer durch die Urteilsgründe ist damit die einzige gewichtigere Streitfrage, die sich im Zusammenhang mit der Beschwer im Strafprozeß ergibt.

Die Beschwer der am Rechtsstreit beteiligten Dritten

Nach § 67 ZPO kann der Nebenintervenient auch selbständig ein Rechtsmittel gegen eine ergangene Entscheidung einlegen. Man könnte sich fragen, ob beim Streitgehilfen außer dem rechtlichen Interesse am Obsiegen der von ihm unterstützten Hauptpartei (§ 66 I ZPO) für die Einlegung des Rechtsmittels noch eine besondere Rechtsmittelvoraussetzung, etwa eine eigene Beschwer des Streitgehilfen, vorliegen muß.

Immerhin hat das KG (JR 49, 349) folgenden Fall entschieden: In einem Prozeß war die Streitgehilfin dem Beklagten beigetreten, der obsiegte. Die Streitgehilfin trat daraufhin der Klägerin bei und legte Berufung ein, die als unzulässig zurückgewiesen wurde. Das KG hatte zwar keine Bedenken, die Nebenintervention für zulässig zu halten. Es hielt es auch für zulässig, daß die Nebenintervenientin im ersten Rechtszuge der Beklagten und im zweiten Rechtszuge der Klägerin beigetreten war.[1] Das KG meinte aber, der Nebenintervenientin fehle die Beschwer, weil sie im ersten Rechtszuge zusammen mit der Beklagten obsiegt habe. Sie sei deshalb nicht belastet.
Wenn die Streitgehilfin von Anfang an der in erster Instanz unterlegenen Partei beigetreten wäre, dann hätte man wohl kaum sagen können, daß sie nicht belastet gewesen sei. Wenn man das rechtliche Interesse des Streitgehilfen am Obsiegen einer Partei überhaupt bejaht und die unterstützte Partei darauf im Prozeß unterliegt, dann leuchtet es ein, daß durch die Niederlage der Hauptpartei auch das Interesse des Streitgehilfen beeinträchtigt ist. Hier in diesem Falle fällt es nur schwer, einzusehen, daß die Streitgehilfin zuerst am Obsiegen der einen und dann am Obsiegen der anderen Partei interessiert gewesen sein sollte. Immerhin mag es solche Fälle geben; auch mag es gelegentlich schwierig sein, festzustellen, ob der Sieg der einen oder der anderen Partei für den Streitgehilfen vorteilhafter ist, so daß

1) So auch Wieczorek § 66 A IIb 1.

ein Irrtum sowohl dem Streitgehilfen als auch dem Gericht bei nur oberflächlicher Prüfung unterlaufen kann. Wenn man dann aber einmal das rechtliche Interesse des Streitgehilfen, nunmehr der anderen Hauptpartei beizutreten, bejaht hat, dann ist es nicht folgerichtig, ihm die Rechtsmitteleinlegung zugunsten dieser Partei zu versagen, weil der Streitgehilfe ja in erster Instanz der siegreichen Partei geholfen habe und deshalb nicht belastet sein könne. Hier hat man in Wirklichkeit zweimal über denselben Punkt, nämlich das Interesse des Streitgehilfen entschieden, und zwar je mit entgegengesetztem Ergebnis. Diese Prüfung erfolgte nur in verschiedenem Rahmen: Einmal beim rechtlichen Interesse, das gemäß § 66 I ZPO zum Beitritt überhaupt erforderlich ist und schließlich beim Rechtsschutzinteresse (Beschwer) für das Rechtsmittel. Möglicherweise sollte hier der Sache nach schon das rechtliche Interesse am Beitritt überhaupt verneint werden; diese Entscheidung ist dann aber fälschlicherweise im Rahmen des Rechtsschutzinteresses getroffen worden. Der Fehler liegt hier also darin, daß man die Voraussetzungen für den Beitritt des Streitgehilfen und für die Einlegung des Rechtsmittels nicht scharf getrennt hat.[2)]

Auch der BGH (LM § 66 ZPO Nr. 1) prüft in einem Falle offensichtlich das spezielle Rechtsschutzinteresse der Streitgehilfen an der Durchführung einer von ihnen eingelegten Anschlußberufung und kommt zum Ergebnis, an der Beseitigung des Urteilsspruches hätten sowohl die Kläger als auch ihre Streitgehilfen ein Rechtsschutzinteresse.

Das ist aber wohl nicht richtig. Ist das rechtliche Interesse des Streitgehilfen am Beitritt vorhanden, dann braucht bei ihm nicht noch obendrein ein besonderes, nur in seiner Person liegendes Rechtsschutzinteresse für die Rechtsmitteleinlegung vorzuliegen.

Das BArbG (ZMR 59, 341 = AP Nr. 1 zu § 511 ZPO mit Anm. Baumgärtel) hat gerade diese Ansicht vertreten. Es führt dazu aus, der Nebenintervenient sei nicht selbst Partei;

2) Vgl. auch für den Beigeladenen im Verw.Prozeß OVG Münster MDR 62, 162; s.u.

er sei nur der Gehilfe einer Partei. Nicht ihm, sondern nur der unterstützten Partei werde durch das Urteil etwas zu- oder aberkannt. Die Beschwer liege in dem Zurückbleiben des Urteils hinter dem Parteiantrag. Dem Nebenintervenienten selbst werde nichts zugesprochen oder versagt; es könne daher nur auf die Beschwer der unterstützten Partei ankommen, wenn der Nebenintervenient ein Rechtsmittel einlegen wolle.

Das BArbG beruft sich dabei auf eine Reihe von Entscheidungen des RG. Nach RG (SeuffA. 55 Nr. 179) soll es für die Revisionssumme nicht auf das Interesse des Streitgehilfen ankommen, sondern nur auf den "Beschwerdegegenstand" für die Hauptpartei. Der Streitgehilfe habe als solcher nur für und im Namen der Hauptpartei Revision einlegen können (ähnlich RG SeuffA. 62 Nr. 213; RG 64, 67 [70]). Auch in der Entscheidung RG 160, 204 (215) führt das RG aus, wenn der vom Streitgehilfen unterstützten Partei das Rechtsschutzbedürfnis für die Beseitigung einer Beschwer fehle, dann genüge es nicht, wenn ein solches Interesse beim Streitgehilfen vorhanden sei. Das RG ist also der Ansicht, der Streitgehilfe könne die Befugnisse, die er nach § 67 ZPO an sich habe (also hier die Befugnis, ein Rechtsmittel einzulegen), nur insoweit ausüben, als sie im konkreten Fall auch der von ihm unterstützten Hauptpartei zustünden. Der Streitgehilfe ist danach also ganz von der prozessualen und materiellrechtlichen Lage der Hauptpartei abhängig. Umgekehrt müßten dann aber auch dem Streitgehilfen alle die Befugnisse zustehen, die prozessual der Hauptpartei möglich sind, soweit § 67 ZPO dies gestattet.[3)]

3) Vgl. Rosenberg Lb. § 46 IV 1a; Wieczorek, B IIe 3 zu § 67; Stein-Jonas Anm. 5 zu § 66: "Selbständige allg. sachliche Prozeßvoraussetzungen kommen für die Streithilfe nicht in Betracht, da der Gehilfe in einen fremden Prozeß eintritt... Nur diejenigen Prozeßvoraussetzungen, die sich auf die Person beziehen, müssen erfüllt sein; ... also die Parteifähigkeit, die Prozeßfähigkeit, die gesetzliche Vertretung und die Bevollmächtigung."

Das nimmt die wohl herrschende Meinung aber heute auch an. Außer den Prozeßvoraussetzungen, die sich auf die Person beziehen, bedarf es also nur noch des "rechtlichen Interesses" gemäß § 66 ZPO des Streitgehilfen.

Ebenso wie im Zivilprozeß eine gewisse Gefahr besteht, daß die Voraussetzungen für die Zulassung eines Nebenintervenienten nicht deutlich genug von den spezielleren Rechtsmittelvoraussetzungen getrennt werden, so neigt man auch im Verwaltungsprozeß dazu, die allgemeine Voraussetzung für die Beiladung (§ 65 I VwGO: Das rechtliche Interesse des Beigeladenen muß durch die Entscheidung berührt werden) mit den Voraussetzungen für die Rechtsmitteleinlegung gleichzusetzen.

Eine Entscheidung des OVG Münster (MDR 62, 162) bietet geradezu ein Musterbeispiel für diesen Fall. Der Klage war hier stattgegeben worden. Daraufhin legte der Beigeladene Berufung ein und beantragte Klagabweisung. Zuerst wird festgestellt, daß der Rechtsmittelkläger die Stellung eines Beteiligten durch die Beiladung wirksam erlangt habe, gleichgültig, ob diese zulässig oder unzulässig gewesen sei, und daß er damit das Recht habe, auch Rechtsmittel einzulegen. Bei der Prüfung der Rechtsmittelvoraussetzungen wird dann ausgeführt, wenn man im Rechtsmittelverfahren den Begriff der Beschwer mit dem des Rechtsschutzbedürfnisses identifiziere, so dürfe er jedenfalls nicht bloß in einem formellen Sinne verstanden werden. Dass unter diesem Gesichtspunkt ein Rechtsmittel nicht schon dann zulässig sei, wenn sich in der Vorinstanz eine Abweichung des Antrags vom Urteil ergeben habe, das zeige sich besonders deutlich, wenn (wie hier) nur der Beigeladene ein Rechtsmittel eingelegt habe, und zumal dann, wenn seine Beteiligung unzulässig sei. Unzulässige Beiladungen kämen häufig vor und in der Rechtsmittelinstanz sei es nach herrschender Meinung nicht möglich, einen unzulässigen Beiladungsbeschluß der Vorinstanz wieder rückgängig zu machen. Das Rechtsmittel des zu Unrecht Beigeladenen müsse aber als unzulässig verworfen werden, weil einem Beteiligten, dessen rechtliche

Interessen durch die angefochtene Entscheidung nicht berührt seien, auch ein Rechtsschutzinteresse nicht zugebilligt werden könne. Wenn man allein wegen der formalen Abweichung des Antrages vom Urteil eine Beschwer annehmen würde, dann müßten die höchsten Tatsacheninstanzen u.U. kostspielige Beweisaufnahmen und schwierige Rechtsfragen lösen, um zu einer Sachentscheidung zu kommen, die von den Hauptbeteiligten gar nicht mehr begehrt werde. Somit hänge die Zulässigkeit des vom Beigeladenen eingelegten Rechtsmittels ebenso wie die Beiladung selbst davon ab, daß der Beigeladene durch die Entscheidung in seinem rechtlichen Interesse berührt sei.

In diesem Fall war die Entscheidung über die Zulässigkeit der Beiladung offensichtlich falsch, weil das rechtliche Interesse des Beigeladenen nicht gegeben war. Diese Entscheidung wurde zwar für unabänderlich gehalten, jedoch glaubte man, im Rahmen der Beschwer diesen Fehler wieder wettmachen zu können. Der Begriff der Beschwer wurde von der formellen Beschwer erweitert zu dem sehr allgemeinen Rechtsschutzinteresse, das man dann beim Beigeladenen glaubte verneinen zu können. Der Sache nach wird hier lediglich die Entscheidung über die Beiladung revidiert und zwar im Gewande der Prüfung der Beschwer.

Nach § 66 VwGO gehört die Einlegung von Rechtsmitteln ausdrücklich zu den Rechten des Beigeladenen, wenn er diese Stellung einmal innehat. Danach kann es bei der Rechtsmitteleinlegung durch den Beigeladenen nur noch darauf ankommen, ob er sich dabei "innerhalb der Anträge eines Beteiligten" (§ 66 Satz 1 VwGO) hält. Nun gilt aber auch für den Beigeladenen im Verwaltungsprozeß dasselbe, was die herrschende Meinung (s. Anm. 3) im Zivilprozeß für den Nebenintervenienten annimmt, daß er sich nämlich an einem fremden Prozeß beteiligt und daß er, wenn einmal seine Berechtigung dazu feststeht, auch alle die prozessualen Rechte einer Hauptpartei geltend machen darf, die für ihn im Grunde fremde Rechte sind. Will der Beigeladene eine Prozeßhandlung vornehmen, dann muß man

also nur prüfen, ob eine der Parteien zu dieser Prozeßhandlung berechtigt wäre.
Hier war die beklagte Partei durch das Urteil formell und damit auch materiell beschwert und somit ohne jeden Zweifel zur Rechtsmitteleinlegung berechtigt. Auch wenn man in den Begriff der Beschwer noch das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis mit einbezieht, müßte man die beklagte Partei hier für beschwert halten. Nach obiger Prämisse hätte also der Beigeladene hier das Rechtsmittel einlegen dürfen, weil es die beklagte Partei auch hätte tun können. Fordert man nun darüber hinaus für den Beigeladenen noch ein besonderes Interesse, dann kann dies nur identisch sein mit der Voraussetzung, die nach § 65 I VwGO von vornherein für die Beiladung besteht, nämlich, daß die rechtlichen Interessen des Beigeladenen durch die Entscheidung berührt werden. In den Entscheidungsgründen wird ja auch ausdrücklich bestätigt, daß dies gleichermaßen die Voraussetzung für die Rechtsmitteleinlegung (durch den Beigeladenen) als auch für seine Beteiligung am Prozeß überhaupt sei. Dieses Interesse hat nun aber allerdings mit der Beschwer nichts zu tun. Wollte man es bei der Rechtsmitteleinlegung nocheinmal prüfen, dann müßte man es konsequenterweise auch für alle anderen Prozeßhandlungen des Beigeladenen noch einmal prüfen.
Vor jedem Prozeßantrag etwa müßte man sich fragen, ob er auch mit dem rechtlichen Interesse des Beigeladenen übereinstimmt oder ob der Beigeladene überhaupt noch ein Interesse am Ausgang des Verfahrens hat. Davon aber ist nirgends die Rede. Das würde auch mit der gesetzlichen Regelung nicht übereinstimmen, wonach eben nur einmal, nämlich vor der Beiladung das Interesse des Beizuladenden pauschal zu prüfen ist. Das ist bei der Beiladung nicht anders als bei der Nebenintervention.

Man führte in dieser Entscheidung aus, wie richtig es sei, daß die Beschwer auch das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis beinhalte, das zeige sich in Fällen wie diesem, wo man unzulässigerweise Beigeladene an der Rechtsmitteleinlegung hindern könne.

In Wirklichkeit handelt es sich hier um eine kaum verhüllte Zweckkonstruktion. Das eigentliche Ziel war es, die Verfehlte Entscheidung über die Beiladung, die als solche aus anderen Gründen für unwiderruflich gehalten wurde, nunmehr im Gewande der Beschwer doch noch zu ändern. Hier zeigt sich wiederum, welche Fehlerquelle entsteht, wenn man ohne weiteres das allgemeine Rechtsschutzinteresse in den Begriff der Beschwer mit einbezieht. Beim Begriff der formellen Beschwer als Ausgangspunkt wäre diese Entscheidung nämlich nicht möglich gewesen.

Nun scheint man allerdings bei der Beiladung im Gegensatz zur Nebenintervention mehr dazu zu neigen, die allgemeine Zulassungsvoraussetzung zur Beiladung von der Beschwer nicht zu trennen.
So führt etwa Bettermann aus (DVBl 51, 40; vgl. § 41 MRVO Nr. 165), die Berührung des rechtlichen Interesses des Beigeladenen sei Voraussetzung für die Zulässigkeit seiner Beiladung und auch für die Zulässigkeit seiner Berufung. Die Beschwer (a.a.O. S. 72) des Beigeladenen sei leicht zu ermitteln, wenn er Anträge in erster Instanz gestellt habe. Wenn dies nicht der Fall sei, dann müsse die Partei unterlegen sein, der er beigetreten sei. Habe er sich (bis dahin) nicht beteiligt, so richte sich sein Berufungsrecht danach, ob seine "rechtlichen Interessen" durch das angefochtene Urteil berührt würden - jene Interessenberührung, die Voraussetzung seiner Beiladung gewesen sei.

Bei Klinger (§ 124 VwGO Anm. B 4 und § 66 VwGO Anm. B 2 a) findet sich der Vermerk, ein Beigeladener könne Berufung einlegen, "wenn das Urteil seine rechtlichen Interessen in einer ihn beschwerenden Weise berührt."
Oder man formuliert (Redeker-v.Oertzen § 224 VwGO Rdnr.4), der Beigeladene sei beschwert, wenn seine rechtlichen Interessen nachteilig berührt würden (vgl. auch OVG Münster, EOVG 8, 121 und Schmitt NJW 49, 611).

Aber selbst der Umstand, daß der Beigeladene freier ist in seiner Beteiligung am Prozeß als der Nebenintervenient und etwa nicht einer bestimmten Partei beitreten muß (vgl.BVerwG 1, 27 [29]), könnte noch nicht rechtfertigen, daß man seine

Befugnis, ein Rechtsmittel einzulegen, an andere Voraussetzungen knüpft, als die Befugnis einer der Parteien. Wenn eine der Parteien beschwert ist, dann hat auch der Beigeladene das Recht, diese Beschwer mit einem Rechtsmittel anzugreifen. Eine besondere Interessenprüfung für die Rechtsmitteleinlegung durch den Beigeladenen, das Erfordernis einer eigenen Beschwer des Beigeladenen stünde nicht im Einklang mit der in den §§ 65 I und 66 VwGO getroffenen Regelung.

Im Strafprozeß ist noch am ehesten die Stellung des Nebenklägers mit der des Nebenintervenienten zu vergleichen. Auch der Nebenkläger kann Rechtsmittel einlegen (vgl. §§ 397 I, 390, 296, 401 StPO). Er wird dann für beschwert gehalten, wenn er geltend machen könne, das Nebenklagedelikt sei nicht richtig behandelt worden (Schwarz-Kleinknecht, § 401 Anm. 3) oder wenn er meine, daß sein Verfolgungsinteresse durch den Urteilstenor bezüglich des Nebenklagedeliktes beeinträchtigt oder doch nicht befriedigt worden sei (Eb. Schmidt, Lk § 401 Rdnr. 6).
Aus diesen Formulierungen ist nicht eindeutig zu entnehmen, ob man eine formelle Beschwer, d.h. eine Abweichung des Urteils vom Antrag verlangt.
Geht man mit Eb. Schmidt (Rdnr. 14 vor §§ 296 ff., Müller-Sax Anm. 3a vor § 296) davon aus, daß lediglich die Behauptung einer Beschwer Zulässigkeitsvoraussetzung für das Rechtsmittel ist, dann würde die Behauptung des Nebenklägers genügen, der Angeklagte sei bezüglich der Nebenklagedelikte zu milde bestraft. Auf seinen Antrag würde es deshalb nicht ankommen.

Streitig ist schließlich, ob der Nebenkläger ein Rechtsmittel auch lediglich zugunsten des Angeklagten einlegen kann, wie die Staatsanwaltschaft. Überwiegend scheint man dies abzulehnen,[4] u.a. mit der Begründung, der Nebenkläger könne

4) Schwarz-Kleinknecht, § 401 Anm. 1; Eb. Schmidt, Lk § 401 Rdnr. 8, Nachtragsbd. § 390 Rdnr. 8; Müller-Sax, § 401 Anm. 4; Peters, Lb S. 512; a.M. Löwe-Rosenberg, § 401 Anm. 4.

ein Rechtsmittel nur im eigenen Interesse, nicht aber zugunsten des Angeklagten einlegen, da der private Nebenkläger kein Rechtspflegeorgan sei. Aus diesem Grunde wird auch für den behördlichen Nebenkläger eine Ausnahme gemacht (Peters, Lb S. 512; a.M. Müller-Sax § 401 Anm. 4). Die gegenteilige Ansicht wird damit begründet, daß es eine Beschwer wie beim Angeklagten (Strafausspruch usw.) bei den anderen Prozeßbeteiligten gar nicht gebe. Wenn der Angeklagte nicht eingesperrt werde, dann beschwere das unmittelbar niemanden sonst. Man könne daran nur aussetzen, daß damit ganz allgemein dem Recht nicht Genüge geschehe. Dann könne aber auch der Nebenkläger dadurch beschwert sein, daß der Angeklagte deswegen zu Unrecht verurteilt werde, weil er angeblich in seinen Rechtskreis eingedrungen sei (Löwe-Rosenberg § 401 Anm. 4).

Für den Privatkläger gilt ähnliches. Einerseits verlangt man (Eb.Schmidt, Lk § 309 Rdnr. 8, Nachtragsbd. § 390 Rdnr. 8), der Privatkläger könne ein Rechtsmittel nur einlegen, soweit er mit dem von ihm geltend gemachten Interesse an der Bestrafung des Gegners nicht durchgedrungen sei. Bei antragsgemäßem Urteil sei ein Rechtsmittel ausgeschlossen (formelle Beschwer !; so auch KG, GA 74, 384). Andererseits gesteht man ihm zu (Schwarz-Kleinknecht § 390 Anm. 1; Müller-Sax § 390 Anm. 3), daß er zur Verschärfung der Strafe auch dann ein Rechtsmittel einlegen könne, wenn entsprechend seinen Anträgen erkannt sei. Dabei ist man sich aber noch einig darüber, daß der Privatkläger kein Rechtsmittel lediglich zugunsten des Angeklagten einlegen dürfe.[5)]
Dagegen vertritt man auch die Ansicht, daß der Privatkläger überhaupt keiner Beschwer bedürfe, weil kein Fall denkbar sei, in dem das Urteil keine "Beschwer" für den Privatkläger enthalte (Löwe-Rosenberg, § 390 Anm. 3; vgl. die Begründung beim Nebenkläger). Unrecht verursacht zu haben,

5) Peters, Lb S. 507; Schwarz-Kleinknecht, § 390 Anm. 1; Eb. Schmidt, Lk § 390 Rdnr. 2; Müller-Sax, § 390 Anm.3b.

sei auch für den Privatkläger eine "Beschwer". Deshalb könne dieser auch lediglich zugunsten des Angeklagten ein Rechtsmittel einlegen.

Erst beim Neben- und beim Privatkläger zeigt sich der grundsätzliche Unterschied zwischen der Beschwer im Strafprozeß und der Beschwer im Zivilprozeß ganz deutlich. Im Zivilprozeß hängt es völlig vom Antrag des Klägers ab, wieviel er bekommen kann. Im Strafprozeß können der Neben- und der Privatkläger praktisch nur die "gerechte" Bestrafung des Täters wegen einer bestimmten Tat verlangen. Das Strafmaß ist ihrer Verfügung entzogen. Auch erscheint die Bedeutung ihres eigenen Begehrens in der Vorinstanz gegenüber dem allgemeinen Interesse an der richtigen Entscheidung erheblich geringer. Infolgedessen kommt ihren Anträgen keine Bedeutung zu, die diesen die Eignung als Kriterien für die Beschwer verleihen würde. Es bleibt deshalb im Strafprozeß als Rechtsmittelvoraussetzung praktisch nichts anderes übrig, als die B e h a u p t u n g einer unrechtmäßigen und damit "beschwerenden" Entscheidung (vgl. Müller-Sax Anm. 3a vor § 296).

Im Gegensatz hierzu herrscht seit jeher Einigkeit über die Voraussetzungen, die für die Einlegung eines Rechtsmittels durch die Staatsanwaltschaft vorliegen müssen. Nach herrschender Meinung folgt aus Stellung und Funktion der Staatsanwaltschaft, "daß für sie jede Verletzung materiellen oder prozessualen Rechts, soweit sie sich auf das Urteil" (nur den Tenor!) "auswirkt, die Einlegung des Rechtsmittels begründet".[6]
Eine Einschränkung wird lediglich für den Fall gemacht, daß die Staatsanwaltschaft nur zugunsten des Angeklagten ein Rechtsmittel einlegt. In diesem Fall muß der Angeklagte selbst durch das Urteil beschwert sein.[7]

6) Eb. Schmidt, Lk Anm. 26 vor §§ 296 ff., Nachtragsbd. I Rdnr. 24 /26 vor § 296 je mit weiteren Nachweisen; vgl. auch RGSt 48, 26; RGSt 60, 189 (190); RGSt 71, 74; KG GA 74, 384; OLG Bremen, NJW 55, 1243.
7) Löwe-Rosenberg § 296 Anm. 4a; RGSt 42, 399 (400).

Hiernach kann es jedenfalls auch auf die Anträge der Staatsanwaltschaft in der Vorinstanz nicht ankommen.

Ähnliches gilt übrigens auch für den Vertreter des öffentlichen Interesses im Verwaltungsprozeß. Nach ebenfalls h.M. kann der Vertreter öffentlichen Interesses "nicht nur gegen Urteile, die zu-ungunsten des Staates, sondern auch gegen solche, die zu dessen Gunsten ergehen oder die den Staat als Rechtssubjekt überhaupt nicht berühren, Berufung einlegen, wenn es das öffentliche Interesse erfordert; er darf, auch wenn er Vertreter des Anfechtungsgegners im Verwaltungsrechtsstreit ist, ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung erheben, die seiner eigenen bisherigen Stellungnahme entspricht... Dies alles ergibt sich aus seiner Aufgabe, nicht Parteiinteressen zu vertreten, sondern auf die Durchsetzung des Rechtes zum Nutzen des Gemeinwohles zu achten."[8)]

8) Eyermann-Fröhler § 124 Rdnr. 5, § 36 Rdnr. 2; vgl. auch Redeker-v.Oertzen § 124 Rdnr. 4; BVerwG 7, 226; OVG Lüneburg EOVG 9, 394; Bayer. VGH VRspr 13 Nr. 113.

Zusammenfassung

Man kann sich fragen, ob der Nebenintervenient selbst beschwert sein muß, wenn er ein Rechtsmittel für seine Hauptpartei einlegen will, oder ob die Beschwer der Hauptpartei genügt. Die wohl herrschende Meinung geht davon aus, daß der Nebenintervenient sich an einem fremden Prozeß beteiligt und daß es infolgedessen nur auf die Beschwer der unterstützten Partei ankommt.
Allerdings finden sich in der Rechtsprechung auch Ansätze, ein besonderes Rechtsschutzinteresse des Nebenintervenienten für die Einlegung eines Rechtsmittels zu fordern.

Dagegen scheint man im Verwaltungsprozeß eher dazu zu neigen, ein eigenes Interesse des Beigeladenen an der Rechtsmitteleinlegung zu fordern. Diese Ansicht ist aber wohl nicht richtig. Für den Beigeladenen gilt wie für den Nebenintervenienten, daß er sich an einem fremden Prozesse beteiligt und eigentlich die prozessualen Rechte der Parteien und nicht seine eigenen ausübt. Diese Befugnis erhält er nach einer pauschalen Prüfung seines rechtlichen Interesses am Ausgang des Verfahrens. Bei Prozeßhandlungen des Beigeladenen ist also nur noch zu prüfen, ob diese auch von einer der Parteien ausgeübt werden könnten. Für die Rechtsmitteleinlegung ist demnach nur die Beschwer einer Partei festzustellen. Würde man eine eigene "Beschwer" (Rechtsschutzinteresse) des Beigeladenen speziell für das Rechtsmittel verlangen, dann müßte man das auch bei allen anderen Prozeßhandlungen fordern. Praktisch würde man dann für jede einzelne Prozeßhandlung noch einmal gesondert prüfen, ob ein rechtliches Interesse des Beigeladenen vorliegt, was der gesetzlichen Regelung nicht entspräche. - Die Einbeziehung des allgemeinen Rechtsschutzinteresses in den Begriff der Beschwer erweist sich hier wiederum als Fehlerquelle.

Eine Beschwer des Nebenklägers im Strafprozeß wird angenommen, wenn dessen Verfolgungsinteresse nicht befriedigt

ist. Streitig ist, ob der Nebenkläger ein Rechtsmittel lediglich zugunsten des Angeklagten einlegen kann. Die herrschende Meinung verneint dies.

Für das vom Privatkläger eingelegte Rechtsmittel fordert eine Meinung eine formelle Beschwer; die Gegenmeinung geht davon aus, daß der Privatkläger durch eine rechtswidrige Entscheidung auch dann beschwert sei, wenn er sie selbst beantragt habe.

Der Staatsanwaltschaft sowie dem Vertreter des öffentlichen Interesses im Verwaltungsprozeß kommen eine Sonderstellung zu. Als Interessenvertretungen der Allgemeinheit sind sie durch jede rechtswidrige Entscheidung beschwert, selbst wenn sie diese Entscheidung selbst beantragt haben sollten.

Literatur

Ascher — Die Beschwer des Rechtsmittelklägers als Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsmittels; MDR 53, 584

Auffahrt — Die Zulässigkeit der Revision nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts; NJW 57, 484

Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung; München/Berlin 29. Aufl. 1966

Baumgärtel — Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereich der ZPO und des FGG; ZZP 67, 423 ff.

Baur — Zur "Beschwer" im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses; in: Festschrift für Friedrich Lent; München/Berlin 1957 S.1 ff.

Bernhardt — Das Zivilprozeßrecht; Berlin 3. Aufl. 1968

Bettermann — Die Einwirkung der Währungsreform auf schwebende Prozesse, insbesondere auf die Zulässigkeit von Rechtsmitteln; NJW 48, 447

Bettermann — Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Herausgeber Külz-Naumann, Bd. 2, Karlsruhe 1963, S.449

Bettermann — Über die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren oder vom Nutzen der Prozeßvergleichung und einer allgemeinen Prozeßrechtslehre; DVBl 51, S. 39 ff. und 72 ff.

Blomeyer — Zivilprozeßrecht; Berlin/Göttingen/Heidelberg 1963

Bötticher — Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozeß in: Festgabe für Leo Rosenberg ("Beiträge zum Zivilprozeßrecht"), München/Berlin 1949 S. 73 ff.

Bötticher — Streitgegenstand und Rechtskraft unter besonderer Berücksichtigung der Wiederholung der Ehescheidungsklage; FamRZ 57, 409 ff.

Carl — Fassung des Antrages auf Schmerzensgeld und Kostenrisiko; VersR 57, 699

Donau — Die Erledigung der Hauptsache vor Einlegung eines Rechtsmittels; ZZP 67, 16

Donau — Zur Fassung des Schmerzensgeldantrags; NJW 57, 130

Donau — Die nicht-erledigte Hauptsache; JR 56, 169

Donau — Zur Rechtslage bei Streit über die Erledigung der Hauptsache (einseitige Erledigungserklärung); MDR 57, 524 ff.

Dunz — Zur Praxis des unbezifferten Leistungsantrags; NJW 57, 1661

Eyermann-Fröhler: Verwaltungsgerichtsordnung; München/Berlin 4. Aufl. 1965

Grunsky — Rechtskraft von Entscheidungsgründen und Beschwer; ZZP 76, 165 ff.

v. Gamm — Die Erledigung der Hauptsache; MDR 56, 715

Göppinger — Die Rechtsnatur des Erledigungsantrags; AcP 156, 473 ff.

Göppinger — Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache; Stuttgart 1958; zit.: Göppinger (mit Seitenangabe)

Göppinger — Streitwert, kosten- und gebührenrechtliche Fragen bei Erledigung der Hauptsache; AcP 156, 424 ff.

Habscheid — Die Erledigung der Hauptsache und ihre Rechtsfolgen; Rpfleger 1955, 33 ff.

ders. — Die Rechtsnatur der Erledigung der Hauptsache in: Festschrift für Friedrich Lent; München/Berlin 1957

ders. — Beschwer des verurteilten Beklagten bei nichtvollstreckungsfähigem Leistungstitel? NJW 64, 234

ders. — Die Erledigung der Hauptsache vor Einlegung des Rechtsmittels; MDR 54, 589

ders. — Die Rechtsprechung zum Eheprozeßrecht; FamRZ 60, 310 ff.

Habscheid — Die Rechtsprechung zum Eheprozeßrecht; FamRZ 63, 201 ff.

Henkel — Strafverfahrensrecht; Stuttgart/Köln 1953

Henrichs — Freispruch und Menschenwürde; MDR 56, 196 ff.

Herpers — Die sofortige Beschwerde nach der Erledigungserklärung zwischen zwei Instanzen; NJW 66, 766

Herzfeld — Ist die Berufung gegen ein klageabweisendes Urteil zulässig, wenn der Klageanspruch sich nach Erlaß des Urteils, aber vor Einlegung des Rechtsmittels erledigt hat? ZZP 58, 214

Kleinknecht-Müller-Reitberger — Kommentar zur Strafprozeßordnung; Darmstadt 6. Aufl. 1966, zit. Müller - Sax

Klinger — Verwaltungsgerichtsordnung; Göttingen 2. Aufl. 1964

Koebel — Billigkeitsansprüche aus Schadenszufügung; NJW 57, 1009

Koehler — Verwaltungsgerichtsordnung; Berlin/Frankfurt 1960

Lent-Jauernig — Zivilprozeßrecht; München/Berlin, 13. Aufl. 1966, zit.: Lent-Jauernig (mit Seitenangabe)

Löwe-Rosenberg — Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar; Berlin, 21. Aufl. 1963 (Bd. I) zit.: Löwe-Rosenberg (mit Fundstelle)

Mein — Zweifelsfragen zur einseitigen Erledigungserklärung; DRiZ 58, 47 ff.

Nicolini — Die Beschwer des Rechtsmittelklägers; NJW 55, 615

Nikisch — Zivilprozeßrecht; Tübingen, 2. Aufl. 1952 zit.: Nikisch Lb (mit Seitenangabe)

Pawlowski — Die Problematik des unbezifferten Klagantrags; NJW 61, 341 ff.

Peters — Strafprozeß; Karlsruhe 2. Aufl. 1966 zit.: Peters Lb (mit Seitenangabe)

Pohle — Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis; in: Festschrift für Friedrich Lent; München/Berlin, 1957, S. 195 ff.

Redeker-v.Oertzen: Verwaltungsgerichtsordnung; Stuttgart, 2. Aufl. 1965, zit.: Redeker-v.Oertzen (mit Fundstelle)

Reinberger — Welchen Einfluß hat die Veränderung des Streitgegenstandes auf die sachliche Zuständigkeit und die Zulässigkeit eines Rechtsmittels? ZZP 63, 130 ff.

Rehbein-Reincke — Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten; Berlin, 5. Aufl. 1894 (Bd. 3)

Roos — Ist der mangels Beweises Freigesprochene beschwert? JR 51, 200

Rosenberg — Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts; München/Berlin, 9. Aufl. 1961

Rosenberg — Kritische Erörterungen zur zivilprozessualen Judikatur; ZZP 53, 385 ff.

Schmidt, Eberhard: Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung; Göttingen 1957, Nachtr.Bd. I Göttingen 1967

Schmitt, Walter — Die Beiladung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren; NJW 49, 611 ff.

Schmitt — Teilweise Klageabweisung und Beschwer bei Grundurteilen; NJW 68, 1127

Schönke — Das Rechtsschutzbedürfnis; Detmold/Frankfurt/Berlin 1950

Schönke-Schröder-Niese: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts; Karlsruhe, 8. Aufl. 1956

Schwarz-Kleinknecht: Strafprozeßordnung; München/Berlin, 27. Aufl. 1967

Stein-Jonas-Schönke-Pohle: Kommentar zur Zivilprozeßordnung; Tübingen, 18. Aufl. Bd. I 1953 u. Bd. II 1956 (19. Aufl. soweit veröffentl.; zit.: Stein-Jonas-Grunsky)

Thomas-Putzo — Zivilprozeßordnung; München/Berlin, 2.Aufl.1965

Wieczorek — Zivilprozeßordnung u. Nebengesetze; Berlin, ab 1957

Willms — Die Festsetzung des Streitwerts bei unbezifferten Leistungsklagen; JZ 52, 618

Wittmann — Urteilsformel und Beschwer bei Grundurteilen; NJW 67, 2387 ff.

Zöller — Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen; München, 10. Aufl. 1968

. — .

L e b e n s l a u f

Am 9. September 1936 wurde ich, Jochen Warttinger, als erstes Kind des Studienassessors Ernst Warttinger und dessen Ehefrau Luise, geb. Precht, in Bremen geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach dem Besuch der Grundschule und der Gymnasien in Ludwigsburg und Geislingen an der Steige legte ich am 2. März 1957 am Kepler - Gymnasium in Ulm a. D. die Reifeprüfung ab.

Nach fünfsemestrigem Studium der Philologie (Geschichte, Germanistik, Französisch) in Tübingen und Innsbruck begann ich 1960 mit dem Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen und legte dort nach 11 Semestern am 12. November 1965 die Erste juristische Staatsprüfung ab. Seither befinde ich mich im Vorbereitungsdienst des Landes Baden - Württemberg.